CORSO DI DIRITTO ROMANO

DEL MEDESIMO AUTORE:

Degli ordini sociali e del possesso fondiario presso i Longobardi. Investigazioni storiche, Vienna **1861**, p. **149** (dagli atti della imperiale accademia delle scienze di Vienna, anno **1860**).

Delle istituzioni politiche longobarde, libri due. Firenze, Le Monnier, **1863**, p. **412**.

La famiglia presso i Longobardi. Bologna **1868**, pag. **109** (dall'Archivio giuridico di Pietro Ellero, vol. I.)

Storia del diritto publico di Roma. Sommario, Fascicolo I, Padova **1867**, p. **160**.

IL DIRITTO

DELLE

OBBLIGAZIONI

PER

FRANCESCO SCHUPFER DA CHIOGGIA

prof. di Diritto Romano presso la R. Università di Padova, già professore di Storia del Diritto nella I. R. Università d'Innsbruck.

PADOVA

Tipografia e Libreria editrice Sacchetto

1868

PREFAZIONE

Il conte Federigo Sclopis, il sapientissimo autore della storia della legislazione italiana, nella quale, come ben fu detto (1), ci venimmo tutti educando alla coscienza di un diritto nazionale, accennò non ha guari alla necessità di una ristaurazione degli studi legali in Italia (2). Questa parola merita di essere meditata profondamente: è una parola che corrisponde dadovvero a un bisogno dei nostri tempi, e non dubito sia stata

(1) Pessina, dei progressi del diritto penale in Italia nel secolo XIX. Fir. 1868 p. 26.

(2) Archivio giuridico di Pietro Ellero. Bologna 1868 I. p. 101.

accolta con plauso da quanti hanno a cuore il bene e il lustro di questa povera terra, non ostante che la febbre politica faccia tuttora velo agli occhi, e aduggi ogni migliore idea fino dal suo nascimento.

Intanto io credo per fermo che gli studi giuridici non possano ristaurarsi in Italia senza tornare a Roma e alla ragione romana, per ritemprarvi ancora una volta la nostra coscienza giuridica, a Roma che, per dirla col Machiavello, sembra nata per resuscitare le cose morte, che ha salvato l'Italia nelle età di mezzo, e può iniziare ancora un' êra di verace progresso.

Fatalmente l'epoca, in cui insegnammo la scienza al mondo, è ben lunge da noi, e altri custodisce oggimai il sacro deposito della sapienza latina. Il peggio si è che molti sognano ancora di chiamar barbari e paria e profani tutti i figliuoli del primo padre che non sono Pelasghi: ne trascurano la lingua e gli scritti(3); e mentre le discipline giuridiche crescono giganti in Germania, noi abbiamo appena un lontano sentore di quel rigoglioso movimento di studi, che non ha forse il suo pari nella storia.

Or ecco un lavoro, il quale, più ch'altro, si propone per iscopo di far conoscere i resultati della scienza tedesca in una parte importantissima del gius romano, qual' è il diritto delle obbligazioni.

Educato per dieci anni in Germania, il meno che io possa fare è di retribuire in questa guisa le pazientissime cure di quei buoni e dotti Alemanni, che primi e soli mi guidarono nel difficile sentiero della scienza. Perciò anche ad ogni capitolo volli premettere la let-

(3) Tommasèo. la donna. Milano 1868: frammento di una lettera che non si osò stampare in Italia innanzi il 1859.

teratura, per la massima parte germanica, non a motivo di vana ostentazione, ma per cagione di utilità, acciò coloro che attendono a cotali studi sappiano ove ricorrere all'uopo, e tutti, me primo, colga un sacro rossore, che mentre s' è fatto tanto in Germania nel breve giro di questo secolo, è invece un gran che se si trovano in Italia nove o dieci opere degne veramente di encomio (4). E si avverta che tra quegli autori non ho ricordato punto o ben di rado il Savigny, il Göschen, il Puchta, il Böcking, l'Arndts, il Keller, il Windscheid e altri celebratissimi scrittori di compendi o manuali, dei quali nondimeno ho fatto mio pro', perchè, a non aumentare di soverchio la lista già troppo lunga, mi sono limitato a citare le sole monografie. Che se nondimeno feci una eccezione per il Manuale del Vangerow (5), ciò ha un doppio motivo. Perchè è opera unica nel suo genere, come quella che non si occupa se non di controversie, le quali formano si può dire altrettante dissertazioni, dove la profondità delle ricerche si accoppia maestrevolmente alla chiarezza della esposizione; e perchè a questo principe dei moderni Pandettisti sono debitore di buona parte della mia cultura giuridica, come quegli che negli anni 1852 e 1853 fu mio maestro, e primo con solerte cura mi mise dentro alle secrete cose del mondo romano. Del rimanente questo sommo giureconsulto venne già da più anni fatto conoscere all'I-

(4) Fra questi benemeriti degli studi del diritto romano in Italia andranno sempre ricordati il Vermiglioli, il Forti, il Del Rosso, l'Arcieri, l'Anselmi, il Serafini, il Barinetti e il Doveri, a cui tra non molto dovremo aggiungere il Bellavite, quando avrà publicato i suoi studi sul possesso che l'Italia attende e che saranno certamente degni della sua alta mente.

(5) Lehrbuch der Pandekten 7 ediz. Marburgo 1863. 68.

talia dal prof. Serafini, che fu pure suo discepolo nel 1856, ed ora con tanto plauso tiene la cattedra di Pandette a Bologna, e mi gode l'animo di trovarmi d'accordo con lui nel culto dell'uomo egregio.

Quello in cui per avventura dissento, almeno in parte, da questa illustre schiera di Pandettisti, e più, senza confronto più, dalle idee, che minacciano di tenere il campo in Italia, stà nell'indirizzo che ho dato a' miei studi.

Il diritto romano può considerarsi sotto due aspetti diversi: o come una faccia della vita dei popoli, o come un semplice strumento che si voglia apprendere a maneggiare a motivo delle sue qualità interne e per la parte importantissima ch'ebbe nella storia delle posteriori legislazioni. Il primo corrisponde a un fine teorico, il secondo a uno scopo pratico. Tra questi due aspetti io non esito punto a dare la preferenza al primo: in ispecie reputo necessario di considerare il diritto nel suo storico svolgimento.

Infatti solamente la storia di una legge può rivelarne il fine e la intenzione, che pur sono l'elemento essenziale della legge, o l'anima senza cui la legge non saprebbe vivere: la *ratio legis, qua cessante lex cessat*. Il gius romano adunque non vuol essere, dirò io pure col Brocher (6), un resultato ma una lunga elaborazione, non un sistema ma una genesi, non un museo dove si offre all'ammirazione degli allievi e alla loro imitazione delle opere compiute e perfette, ma un opificio, dove si mostri ad essi la serie delle operazioni necessarie per creare il prodotto che si vuole ad essi far conoscere.

(6) Brocher, de l'enseignement du droit romain Losanna 1867 p. 63.

Soltanto questo metodo può preservare il giureconsulto da falsi giudizi intorno ai pregi o difetti di questo vastissimo organismo che è il diritto romano, che conta tanti secoli di vita, sì bene impiegati, e attraversò tanti sistemi religiosi e politici e tante condizioni morali. Solo con esso si potranno valutare le difficoltà che fu mestieri sormontare e che veramente si sormontarono nel corso dei secoli; nè parranno più difetti quelli che per avventura sono dei pregi.

Anzi credo che questo metodo possa anche più direttamente e meglio dell'altro giovare alla pratica. Perchè, come avverte il Keller (7), non basta che il futuro magistrato o il futuro avvocato sieno al corrente dei resultati ai quali fin qui ha condotto l'azione legislativa: ma è necessario ch'essi comprendano questi resultati e sappiano servirsene, che posseggano essi medesimi la forza creatrice che li ha prodotti, che sieno in grado di arrivare essi medesimi alla verità e di formarsi una propria opinione. A tal uopo l'anatomia del diritto non è sufficiente, ma occorre conoscerne anche la fisiologia, le forze che creano le forme, per indovinare le forme che si sottraggono all'osservazione e prevedere quelle che non esistono. Un filosofo greco avvertì già che non si conosce bene se non quello che si è capaci di costruire.

A' dì nostri l'imperatore della Cina domandò all'Europa dei professori che istruissero i suoi sudditi nelle scienze matematiche e fisiche. Egli asseriva: essere i Cinesi valenti al pari degli Europei quanto a esecuzione, e solo il disprezzo per la teoria averne sinora formata la inferiorità: una volta spogliati di questo pregiudizio, essi potranno gareggiare coll'Europa.

(7) Keller, Pandekten Lipsia 1861 p. 24.

Vorremmo noi, limitandoci allo studio di quella parte la quale non presenta che una diretta utilità, entrare in una via che i Cinesi hanno battuta e che ora abbandonano? Io credo col Brocher, che alla nostra gioventù convenga una educazione ben diversa da quella che ha formato finora i Mandarini.

TITOLO PRIMO

NOZIONI GENERALI

DELLE OBBLIGAZIONI

Bucher, das Recht der Forderungen Lipsia 1815, 2 ed. 1830. **Koch,** das Recht der Forderungen 3 vol. Breslavia 1836-40-43. **Unterholzner,** quellenmässige Darstellung der Lehre des röm. R. von den Schuldverhältnissen 2 vol. Lips. 1840. **Savigny,** das Obligationenrecht 2 vol. Lipsia 1851-53. **Molitor,** les obligations en droit romain, avec l'indication des rapports entre la legislation romaine et le droit français. 3 vol. Gand. 1851-53 2. edit. Par. 1867. **Maynz,** traité des obligations d'après le droit romain. Brusselles 1859.

TITOLO PRIMO

NOZIONI GENERALI.

CAPO PRIMO

Indole delle obbligazioni.

I. NOZIONE E VARIE SPECIE DELLE OBBLIGAZIONI.

I. L'obbligazione è un vincolo di diritto stabilito fra due o più persone determinate, in virtù del quale l'una può esigere dall'altra che dia, faccia o presti qualche cosa; in una parola: il diritto a una prestazione altrui, e precisamente ad una prestazione consistente in danaro, o che possa essere ragguagliata a danaro (1).

Ogni obbligazione suppone dunque:

1.° un creditore, che ha diritto di esigere, che altri dia, faccia o presti;

---

(1) Pr. I. de oblig. 3. 13: obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura; L. 9 § 2. D. de statulib. 40. 7: ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt.

2.° un debitore, che ha il dovere giuridico corrispondente, cioè di dare, fare o prestare;

3.° un vincolo di gius che lega con necessità il debitore verso il creditore;

4.° un fatto riducibile a valor pecuniario, e che per conseguenza fa parte dei beni o del patrimonio.

Per la qual nozione che abbiamo data delle obbligazioni sarà chiara una cosa: che esse vogliono essere esattamente distinte sì dai diritti reali e sì dai diritti di condizione civile e di famiglia.

Esse si distinguono dai diritti reali e per più riguardi. L'oggetto di questi è sempre una cosa materiale soggetta alla nostra volontà; mentre l'obbligazione, sebbene molto di frequente possa essere diretta a dare una cosa corporale, non contiene però alcuna dominazione giuridica sulla medesima. Questa dominazione potrà essere apparecchiata mediante l'obbligazione, ma l'obbligazione per se stessa non contiene che una relazione indiretta colla cosa in questione, relazione legata necessariamente alla persona del debitore e all'adempimento della medesima per parte di lui (2). Per ciò stesso, mentre nei diritti reali, l'obbligo non è che la conseguenza del rapporto giuridico, per cui sono assoluti e possono farsi valere contro chiunque, in quella vece la obbligazione è sempre un diritto relativo; ovverosia la sua essenza è costituita appunto dall'obbligo corrispondente al diritto, per cui non si fa valere che contro una determinata persona.

Similmente le obbligazioni vogliono essere esattamente distinte dai diritti di condizione civile e di famiglia, insomma da quei diritti che diconsi personali. E per fermo: mentre oggetto della obbligazione è un fatto, nei diritti personali invece è l'individualità stessa del soggetto, cioè o la persona propria, come nei diritti di condizione civile, o la persona altrui, come nei diritti di famiglia. Nè questi diritti personali sono stimabili a contanti, nè trovano nel danaro misura o rappresentazione, o al-

(2) L. 3 pr. D. de oblig. 44. 7: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

meno repugna al senso morale di misurarli o rappresentarli in questo modo.

Per ultimo le obbligazioni si distinguono tanto dai diritti reali quanto dai diritti personali in ciò, che il pieno adempimento ed esercizio del diritto di obbligazione è in pari tempo il suo termine.

Tanto sulla significazione della parola *obligatio*. La quale però si adopera talvolta a dinotare, oltre il *vinculum juris*, anche la causa della obbligazione (3), o il diritto del creditore nascente dal rapporto obbligatorio (4), che più particolarmente si chiama *nomen*, o l'obbligo correlativo del debitore (5), che ordinariamente è detto *aes alienum* o *debitum*, o il documento che serve a provare la esistenza del rapporto obbligatorio (6), e perfino la soggezione di una cosa a pegno.

II. Le obbligazioni stesse dividonsi in più specie a seconda del vario criterio di divisione.

Avuto cioè riguardo alla loro forza ed efficacia, distingueremo le obbligazioni civili dalle naturali, secondo che sono fornite di azione oppure ne difettano: ma le une e le altre sono concetti giuridici, e la differenza consiste unicamente nei mezzi coi quali si potevano esercitare. Del resto le obbligazioni civili potevano ripetere le loro azioni dai principii del diritto civile, e dicevansi obbligazioni civili in senso stretto; o n'erano fornite grazie al diritto pretorio; e chiamavansi più particolarmente obbligazioni onorarie.

Avuto riguardo invece alla loro sussistenza e destinazione, distingueremo le obbligazioni principali dalle accessorie, secondo che esistono da sè o suppongono altre obbligazioni a cui aderiscono e sono relative.

Che se badiamo alla somma dei doveri giuridici che ne derivano, abbiamo le obbligazioni unilaterali distinte dalle bilaterali o sinallagmatiche, a seconda che importano un dovere giu-

(3) L. 19 D. de V. S. 50. 16; L. 1 § 3 D. de pact. 2. 14; L. 20 D. de jud. et ubi quisq. 5. 1.

(4) L. 9 § 3 D. de jurejur. 12. 2; L. 21 D. de V. S. 50. 16; L. 30 C. de locat. 4. 65.

(5) L. 36 D. de reb. cred. 12. 1; L. 21 pr. D. de fidejuss. 46. 1.

(6) L. 7. C. de non num. pec. 4. 30.

ridico per una parte soltanto, o producono diritti e doveri per ambe le parti. Tra le une e le altre van collocate le obbligazioni sinallagmatiche ineguali, cioè quelle obbligazioni che per se medesime non importano un dovere o un diritto se non per una parte, ma che nondimeno per la sopravvenienza di qualche fatto accidentale possono procacciare dei diritti anche al debitore, e quindi un' azione, che in tal caso assume il nome di *actio contraria.*

Con riguardo all' oggetto vi sono obbligazioni alternative e generiche e obbligazioni individualmente determinate, secondo che ammettono o non ammettono una scelta tra diversi oggetti. Ancora, altre diconsi divisibili ed altre indivisibili: non già nel senso che si possa o meno costringere il creditore a ricevere il pagamento parziale della obbligazione, perocchè egli abbia diritto di esigerne l'adempimento integrale; ma nel senso che quando la obbligazione è divisibile, essa può estinguersi in parte, e nel caso in cui concorrano più debitori o creditori, questi rispondono o vengono soddisfatti solamente *pro rata.*

Finalmente tenendo conto della origine, le obbligazioni vanno distinte a seconda che derivano da azioni libere dell' uomo, le quali possono consistere in un negozio giuridico o in una lesione del diritto, oppure da circostanze o fatti accidentali. Alcuni le chiamano impropriamente obbligazioni mediate e immediate.

Di tutte queste divisioni ci accadrà di parlare più particolarmente in seguito.

II. DEGLI OGGETTI DELLE OBBLIGAZIONI.

1. Degli oggetti delle obbligazioni in generale.

Marezoll, ueber dare facere u. praestare als Gegenstand der obligationen (Giess. Zeitschrift x. 8).

L'oggetto di una obbligazione è sempre il fatto di una persona, e non anche una cosa. Questo fatto però suppone più condizioni:

1. Innanzi tutto vuol essere fisicamente e giuridicamente possibile: *impossibilium non est obligatio* (1); ma se fosse impossibile unicamente pel debitore, la obbligazione avrebbe nondimeno efficacia.

2. Parimenti è necessario che il fatto sia lecito (2); chè una turpitudine o tutto ciò che è contrario ai buoni costumi escluderebbe sempre l'obbligazione.

3. Deve anche avere un interesse pel creditore (3), e un interesse valutabile in denaro (4); ma non importa che sia direttamente pecuniario o di semplice affezione (5), come non importa che sia vero e naturale, oppure creato artificialmente coll'aggiunta di una pena convenzionale (6).

4. Occorre inoltre che sia determinato; ma non occorre che cotesta determinazione sia assoluta (7).

5. In fine non deve essere rimesso interamente all'arbitrio del debitore; chè altrimenti non esisterebbe quella necessità, che forma l'essenza di ogni obbligazione.

Il tenore stesso della obbligazione è cosa affatto indifferente al concetto. I fatti, che ne formano la materia, possono essere oltremodo diversi, e i singoli rapporti obbligatori ne riusciranno perciò variatamente modificati: cionondimeno l'idea della obbligazione ne resta sempre inalterata.

Questi fatti possono essere sì positivi che negativi: possono consistere nel trasferimento della proprietà di una cosa *(dare)*, nel trasferimento del possesso *(tradere)*, in un servigio *(facere)*, in una ommissione *(non facere)*, in un tollerare, esibire, resti-

(1) L. 185 D. de R. I.; L. 35 pr. D. de V. O. 45. 1. — L. 7 § 16. D. de pact. 2. 14.

(2) L. 26. 27 pr. L. 35. § 1 D. de V. O.; L. 57. D. pro socio 17. 2; § 7. I. de mand. 3. 26. — L. 27 § 3. 4 D. de pact. 2. 14. — L. 7 § 3 D. eod.; L. 1 § ult. L. 2. pr. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5. — L. 2. § 1. L. 9 D. eod.

(3) L. 97 D. de V. O.; L. 61 D. de pact. 2. 14; L. 8. § 6. D. mand. 17. 1.

(4) L. 9 § 2 D. de statulib. 40. 7.

(5) L. 54. pr. D. mand. 17. 1; L. 6 pr. L. 7. D. de serv. export. 18. 7.

(6) L. 11 D. de relig. 11. 7.

(7) L. 6. D. de reb. cred. 12. 1; L. 74. 75 D. de V. O.

tuire e simili. Nondimeno i Romani sogliono farne tre categorie, e sono le seguenti: *dare*, *facere* e *praestare* (8).

Dicevasi dare quell'atto con cui il debitore faceva propria del creditore una cosa corporale o un diritto sulla medesima *(jus in re)* in modo ammesso dal gius civile, *ita ut res accipientis fiat* (9). Invece tutte le altre obbligazioni, che non consistono in un dare, dicevansi obbligazioni di fare (10). Come veggiamo, soltanto le prime erano *certae obligationes*, onde l'azione, che ne derivava per diritto classico, era una *condictio certi* colla formola: *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hoc vel illud dare oportere.* Le altre avevano sempre la natura di *incertae obligationes*, e facevano luogo ad una azione con una intenzione incerta: *quidquid paret N.ᵐ N.ᵐ A.º A.º dare facere oportere.*

Quant'è al prestare, credo ch'esso abbracciasse quelle obbligazioni, le quali non avendo una particolare *intentio juris civilis*, si facevano valere con azioni concepite in fatto e non con azioni concepite in diritto (11).

D'altronde queste distinzioni non hanno più una importanza pratica, e noi ci varremmo indistintamente dei vocaboli fatto o prestazione.

---

2. In ispecie:

A. *Delle obbligazioni alternative, generiche e facoltative.*

Gülchen, de obligatione alternativa Tub. 1683. **Brassier,** de causis alternativis Eidelb. 1821. **Berwin,** de vi ac potestate obligationis alternativae. Berl. 1866. **Thielmann,** de obligatione alternativa, Berl. 1866.

La prestazione, il dissi non ha guari, come può essere determinata individualmente, può anche ammettere una scelta tra parecchi oggetti: sia che la scelta stessa, o la falcoltà di esigere o prestare questo o quell'obbietto, abbia il suo fondamento in

---

(8) p. e. nella L. 3. pr. D. de O. et A. 44. 7.

(9) L. 37 D. de usufr. 7. 1.; L. 19 D. d. S. P. R. 8. 3. — L. 75. § ult. D. de V. O.; § 14. I. de act. 4. 6.

(10) L. 2. pr. D. de V. O.; L. 72. pr. L. 75. § 7 D. eod.

(11) Gai. 4, 2. 5. 33; cf. L. 13 § 6. D. de act. emt. 19 1; L. 37 pr. D. de oper. libert. 38. 1.

una espressa determinazione; o sia che l'oggetto della obbligazione consista in un genere, nel qual caso, per la natura stessa della cosa, e senza bisogno di una particolare determinazione, ha luogo la scelta tra i vari obbietti individuali compresi nel genere. Le obbligazioni della prima specie diconsi alternative, quelle della seconda portano il nome di obbligazioni di genere. Noi dobbiamo considerare particolarmente l'uno e l'altro di questi casi.

I. Havvi una obbligazione alternativa nel vero senso della parola quando sono indicati due o più oggetti diversi, obbligando il debitore non già a prestarli tutti, ma l'uno o l'altro a sua scelta o anche a scelta del creditore o di un terzo.

In dubbio la scelta compete al debitore (1), e gli compete liberamente fino all'effettivo adempimento della obbligazione (2): ma ancorquando essa spetti al creditore, questi è libero di scegliere sino a che abbia ricevuta la prestazione, o in caso di processo, sino alla contestazione della lite; nè la scelta operata prima ha forza obbligatoria, ma può essere mutata ad arbitrio (3). È anche osservabile che questo diritto di elezione del debitore o del creditore vien trasmesso agli eredi (4).

Per converso, quando la scelta è affidata a una terza persona, questa non ha mai un *jus variandi*: operata la scelta, essa è pienamente obbligatoria per ambe le parti, nè v'ha più luogo a pentimento; oltredichè il diritto non potrebbe passare agli eredi (5).

Perchè poi tutti gli oggetti sono ugualmente *in obligatione*, quantunque un solo di essi sia dovuto *in solutione*, quinci ne segue che la obbligazione alternativa non vien meno quand'anche uno o l'altro dei diversi obbietti sia perito per caso, ma si

---

(1) L. 25. pr. L. 34 § 6. D. de contr. emt. 18. 1; L. 10. § 6. D. de iure dot. 23. 3; L. 93. 106. 138 § 1. D. de V. O. 45. 1.

(2) L. 138 § 1 D. de V. O.; L. 106 D. eod.; L. 21 § 6. D. de act. emt. 19. 1.

(3) L. 112 pr. D. de V. O. — Se il diritto di elezione fosse espressamente determinato, il tenore della convenzione deciderebbe anche dell'*ius variandi*. — Eccezionalmente la scelta operata una volta ha forza obbligatoria: L. 84 § 9. D. de legat I.; L. 19. D. de legat. II.

(4) L. 76. D. de V. O.; L. 75 § 3. D. de legat. I; L. ult. pr. C. com. de legat. 6. 43.

(5) L. ult. § 1. D. de V. O.; arg. L. ult. C. de contr. emt. 4. 38.

tramuta in una obbligazione pura e semplice; che è quanto dire, il debitore è tenuto a dar l'altro. Invece se tutti gli oggetti fossero periti per un caso fortuito, la obbligazione sarebbe estinta. Con altre parole: trattandosi di un caso fortuito, il pericolo della prima cosa perita è a carico del debitore, quello dell'ultima sta a carico del creditore (6). D'altronde parrà equo, e la legge riconosce il principio, che ove la scelta appartenga al debitore e solo una cosa sia perita per caso, egli possa liberarsi dalla obbligazione, pagando il valore della cosa perita: altrimenti il caso ne peggiorerebbe la condizione (7).

Se poi l'oggetto fosse perito non per semplice caso, ma per colpa, converrebbe distinguere più circostanze; e innanzi tutto chi ne ha la scelta e chi la colpa, e se è perito un obbietto soltanto od entrambi. L'applicazione delle regole sulla prestazione della colpa presenta diverse soluzioni nei diversi casi.

Supponiamo che la scelta competa al debitore.

Se una sola delle due cose è perita per colpa di lui, non altrimenti che se fosse perita per caso, l'obbligazione diventa semplice, e la cosa superstite vuol essere considerata come suo unico obbietto. Non si potrebbe peraltro accordare il diritto al debitore di pagare l'estimazione della cosa perita e liberarsi così dalla obbligazione, se non nella ipotesi che il valore ne fosse almeno uguale a quello della cosa superstite (8). Se ambedue le cose sono perite per colpa del debitore, oppure se la prima è perita per un caso fortuito, e l'altra per sua colpa, egli è tenuto naturalmente al valore dell'ultima. Se invece la prima è perita per colpa del debitore e l'altra per caso, l'obbligazione a rigore sarebbe estinta: ma per motivi di equità è concesso al creditore il risarcimento della cosa più vile, sebbene nei negozi di stretto diritto il debitore non risponda che del dolo (9).

Voltiamo faccia. Il creditore stesso può essere in colpa; e in tale ipotesi se per sua colpa è perita solo una cosa, il debitore,

(6) L. 3 § 2. D. de eo quod certo loco 13. 4.; L. 34 § 6. D. de contr. emt. 18. 1.; L. 95 pr. § 1. D. de solut. 46. 3.

(7) L. 47 § 3. D. de leg. I.

(8) L. 95 § 1. D. de solut. 46. 3.

(9) cit. L. 95 § 1. D. de solut.

il quale ha la scelta, può riguardarsi come liberato dall'obbligazione, o dare la cosa che rimane, domandando il risarcimento di quella che è perita (10). Se ambe le cose sono perite per colpa del creditore, il debitore, a cui spetta la scelta, può reclamare il valore di quella che più gli aggrada. Se la prima è perita per colpa del creditore e la seconda per caso, il debitore è liberato dal suo debito, e può domandare il valore della prima (11). Similmente se la prima è perita per caso e la seconda per colpa del creditore, vien meno la obbligazione; ma il debitore non può ripetere il valore della cosa distrutta.

Supponiamo invece che la scelta appartenga al creditore.

Se un solo degli obbietti è perito per colpa del debitore, il creditore può domandare l'altro obbietto o il valore di quello perito. Parimenti, se ambedue le cose vengono meno per colpa del debitore, il creditore, il quale ha la scelta, può esigere il valore dell'una o dell'altra a piacimento: se invece una è perita per colpa del debitore, l'altra per caso, egli non può domandare che il valore della cosa perita per colpa, senza distinguere quale delle due sia perita prima o dopo.

Posto che il creditore stesso sia in colpa, e precisamente s'egli distrugge colposamente un solo dei due obbietti, io ritengo col mio illustre maestro A. Vangerow, che cessi il suo diritto di elezione non altrimenti che se l'oggetto fosse perito per mero caso; laonde non potrà esigere che l'oggetto superstite, risarcendo l'altro giusta i principii della legge Aquilia (12). Se la prima cosa perisce per colpa del creditore, l'altra per caso, l'obbligazione cessa, e il creditore ha l'obbligo di risarcire la cosa distrutta per sua colpa. Se la prima cosa perisce per caso, la seconda per colpa del creditore, cessa pure l'obbligazione: ma come il debitore viene completamente liberato, così d'altra parte anche il creditore non è tenuto al risarcimento del danno. Parimenti cessa l'obbligazione se ambi gli obbietti sono periti per colpa del creditore: ma colla differenza, che se ciò avvenne in tempi diversi, il creditore deve risarcire il danno del primo oggetto distrutto; se invece la distruzione si verificò contempora-

(10) L. 55. D. ad leg. Aquil. 9. 2.
(11) cit. L. 55. D. ad leg. Aquil.
(12) cit. L. 55. D. ad leg. Aquil.

neamente, egli risarcisce il danno di quell'obbietto che ha meno valore.

II. Noi passiamo a considerare quelle obbligazioni le quali hanno per obbietto un *genus*, quelle adunque che, senza bisogno di una particolare determinazione, ammettono una scelta tra le varie cose individuali comprese nel genere. L'obbligazione generica è certo una specie delle obbligazioni alternative, e quinci ne segue naturalmente, che la scelta compete sempre al debitore, come nelle obbligazioni alternative, purchè i contraenti non abbiano stabilito il contrario (13). Parimenti ciò che dicemmo intorno al diritto di mutare la scelta fatta, e alla trasmissione del diritto di elezione agli eredi, vuol essere analogamente applicato anche alla *obligatio generis*. Havvi però una essenziale differenza tra una obbligazione e l'altra: un genere non può perire, *genus non perit*; e quindi non è neppure immaginabile che l'obbietto di una tale obbligazione possa venire distrutto.

III. Assolutamente diversa dalle obbligazioni alternative è la *facultas alternativa*, conosciuta anche col nome di obbligazione facoltativa. In quest' ultima il debitore è tenuto a un oggetto determinato; ma ha il diritto di sostituire, nel momento in cui eseguisce la obbligazione, un'altra prestazione a quella che ha promesso. Nella *facultas alternativa* evvi solo un oggetto *in obligatione* e l'altro invece è *in solutione*. Il che importa alcune differenze pratiche tra la obbligazione alternativa e la *facultas alternativa*, che vogliamo particolarmente osservare.

E anzitutto, trattandosi di una *facultas alternativa*, il creditore non può esigere se non quelle cose che sono *in obligatione*. Una domanda alternativa dovrebbesi risguardare in questo caso come una *plus petitio*; mentre invece, trattandosi di obbligazioni alternative, la domanda, se non vuol essere una *plus petitio*, va concepita appunto alternativamente.

Ancora, e questa è una seconda differenza più importante della prima, se la cosa, che il debitore si è obbligato a dare, perisce per caso fortuito, egli è liberato, quand'anche esistesse

(13) L. 52. D. mand. 17. 1. — Invece trattandosi di un legato ne compete ordinariamente la scelta al legatario, e quindi al creditore § 22 I. de legat. 2. 20.

l'altro obbietto che è *in solutione*, perchè sostituire è per lui una facoltà, è un vantaggio che non può convertirsi in un onere, in un obbligo: invece, trattandosi di un' obbligazione alternativa, il rapporto obbligatorio non può dirsi interamente estinto se non qualora tutti gli obbietti sieno periti.

Esempi di una *facultas alternativa* sarebbero: la lesione enorme, le azioni nossali, le azioni ipotecarie.

B. *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili.*

Rubo, Versuch einer Erklärung der Frag. Lex 2. 3. 4. 85 D. de verb. obligation. Berl. 1822. **Bakker,** de oblig. divid. et individ. Leyden 1822. **Scheurl,** comment. ad L. L. 2. 3. 4. 72 et 85 D. de verb. obl. Erlang. 1835. **Ubbelhode,** die Lehre v. den untheilbaren. Obligat. Annover 1862. **Deflers,** des obligations divisibles et indivisibles en droit romain et en droit francais Par. 1863. **Vangerow** § 567.

Accennai più sopra che le obbligazioni divisibili non avevano questo nome nel senso che si potesse costringere il creditore a ricevere il pagamento parziale della obbligazione; chè il creditore non aveva mai l'obbligo di ricevere delle prestazioni parziali: ma si dicevano divisibili perchè *potevano* estinguersi in parte, e nel caso in cui concorressero più debitori o piu creditori, questi rispondevano o venivano soddisfatti solamente *pro rata.*

In generale i Romani consideravano le obbligazioni come divisibili o indivisibili secondo che la cosa, che doveva esser data, o il fatto promesso, erano suscettibili di divisione o no. V'avea dunque delle obbligazioni indivisibili per la qualità dell'oggetto; ma ve n'avea anche altre che lo erano per la forma in cui la obbligazione stessa era conchiusa.

1. Erano indivisibili per la qualità dell'oggetto le obbligazioni dirette alla costituzione di un diritto indivisibile: quindi specialmente:

A. Quelle obbligazioni di dare che avessero per obbietto una servitù prediale od una servitù personale indivisibile. Ecco perchè queste obbligazioni non potevano essere conchiuse o estinte parzialmente (1). E per fermo: nel caso che vi fossero più debitori o più

---

(1) L. 2. § 1. 2. 5. L. 72. D. de V. O. 45. 1; L. 11. 17 D. de servit. 8. 1; L. 25. § 9. 12. D. fam. ercisc. 10. 2.

eredi di un debitore, il creditore poteva agire in solido contro ciascheduno, perchè ciascheduno di essi era obbligato per l'intero, cioè per tutta la servitù, appunto perchè la servitù è indivisibile; e il reo doveva essere condannato nell'intero valore di essa, perchè l'interesse del creditore l'abbracciava tutta (2). Parimenti se vi aveano più creditori o più eredi di un creditore, ognuno poteva agire pel *solidum*, cioè chiedere la costituzione dell'intera servitù; ma il debitore veniva condannato solamente a quella quota d'interesse che l'attore avesse avuto alla costituzione della servitù medesima (3).

B. Ancora, sono generalmente indivisibili tutte le obbligazioni che hanno per obbietto un fare. I fatti cioè sono di regola indivisibili (4), e in specialità il fare un'opera (5); perchè ciò che non è fatto interamente, non è fatto. Dico peraltro che queste obbligazioni di fare sono *generalmente* indivisibili, perchè la regola non è senza eccezione; e conviene eccettuare tutti i fatti i quali non sono destinati che a realizzare un diritto divisibile, perchè anch'essi, e con essi anche la obbligazione di eseguirli, si consideravano come divisibili. Tali erano le obbligazioni di fare una *liberatio*, una *ratihabitio* ec. (6). Il Baro ha espresso egregiamente questo principio nella sua opera *de dividuis et individuis obligationibus*, Lione 1542 dicendo: *omnia facta quae nuda sunt, divisionem refugiunt; quae juris dividui effectum habent, sunt dividua.* Invece non si troverà che soddisfi pienamente la regola stabilita dalla più parte degli antichi interpreti sull'esempio di Bartolo, che cioè debbano risguardarsi come divisibili quei *facta, quae si pro parte compleantur, tantum afferant utilitatem respectu partis, quantum afferat totum, si compleatur, respectu totius.* Se dunque oggetto della obbligazione fosse un fatto indivisibile e vi fossero più debitori o più eredi di un debitore, nessuno di essi sarebbe liberato; come nel caso

(2) L. 25 § 10. D. fam. ercisc.; L. 2. §. 2. D. de V. O.; arg. L. 4 § 4. D. si serv. vindic. 8. 5.

(3) L. 25 § 9. D. fam. ercisc.; L. 4. § 3. D. si serv. vindic. 8. 5; L. 2. § 2 D. de V. O.

(4) L. 2 § 5. L. 72. pr. D. de V. O.

(5) L. 85 § 2. D. de V. O.; L. 80. § 1. D. ad leg. Falc. 35. 2; L. 11 § 3. D. de legat. III.

(6) L. 4 § 1. D. de V. O.

che vi fossero più creditori, nessuno di essi potrebbe dirsi pagato, se non dopo compiuto l'intero fatto. D'altronde occorrendo una condanna nell'interesse, non solo nel caso che v'avessero più creditori, il singolo l'otteneva solamente *pro rata*, ma a differenza delle obbligazioni di dare, anche nella ipotesi di più debitori, il singolo debitore non veniva condannato che *pro rata* (7). La qual differenza che passa tra le obbligazioni di dare e le obbligazioni di fare, non è difficile a spiegarsi: perocchè nelle obbligazioni di dare, il debitore sia tenuto veramente all'obbietto medesimo, e soltanto la condanna è diretta a un surrogato, cioè ad una somma di denaro; mentre per converso, nelle obbligazioni di fare, il *factum* non è propriamente *in obligatione*, ma solo *in solutione*, ovverosia il debito stesso consiste nel valore pecuniario del fatto non prestato (8).

C. Anche le obbligazioni, le quali hanno per obbietto una ommissione, sono quando divisibili e quando indivisibili. Supponiamo che v'abbiano più debitori o più eredi di un debitore: in tale ipotesi si avrà riguardo alla circostanza se il fatto contrario di uno di essi violi il diritto del creditore nella sua totalità o solo in parte (9). Se taluno p. e. si è obbligato *amplius non agi*, cioè a non suscitare nuovamente una lite già intentata, questa promessa è certo indivisibile finch' ei vive: ma può accadere dopo la sua morte, che uno dei suoi eredi la eseguisca ed uno no, intentando per la sua porzione ereditaria l'azione che il suo autore aveva promesso di non sperimentare. In questo caso la obbligazione è eseguita in parte e violata in parte, il che mostra che è diventata divisibile (10). Parimenti se vi fossero più creditori o più eredi di un creditore, e il fatto contrario alla obbligazione venisse intrappreso solamente contro uno di essi, l'azione non potrebbe sperimentarsi che da costui, ammenochè non fosse stata pattuita una pena convenzionale (11).

2. Le obbligazioni però, oltre che per la qualità dell'ob-

(7) L. 72 pr. D. de V. O.

(8) L. 68. L. 112. § 1. D. de V. O.

(9) L. 4 § 1 D. de V. O.; L. 2. § 5. L. 3. § 1. fin. L. 85. § 3. D. de V. O.; L. 44. § 5 D. fam. ercisc. 10. 2.

(10) L. 4 § 1 D. de V. O.

(11) L. 2 § 6. L. 3. § 1 D. de V. O.

bietto, potevano essere indivisibili anche per la forma con cui erano conchiuse.

A. Erano sotto questo aspetto indivisibili le obbligazioni alternative, per cui il debitore, il quale non pagava che parte di una delle cose che erano *in obligatione*, non veniva liberato *pro rata*; ma l'efficaccia di questo parziale pagamento era tenuta sospesa fino a che fosse stata data anche l'altra parte della medesima cosa (12). Similmente, nella ipotesi che vi fossero più debitori, nessuno di essi poteva dirsi liberato pel pagamento della sua parte, fino a che anche gli altri debitori non avessero prestato le loro quote parti della medesima cosa: in tutto il resto la obbligazione era divisibile (13). Non altrimenti, se v'aveano più creditori, nessuno di essi poteva acquietarsi a che l'uno ottenesse una parte di una cosa e l'altro una parte di un'altra; ma anche qui la obbligazione era pienamente divisibile in tutto il resto (14). Noto poi come le obbligazioni, le quali hanno per obbietto un genere, sono per questo riguardo uguali alle obbligazioni alternative, per cui le nostre fonti le ricordano assieme.

B. Finalmente anche l'aggiunta di una stipulazione penale può rendere indivisibile una obbligazione, perocchè valga la regola, che vale per le condizioni: essere incorsa la pena ogniqualvolta la obbligazione non è pienamente adempiuta. Perciò se v'hanno più debitori e uno di essi non paga, la pena è nondimeno incorsa per tutti, sebbene i singoli non ne rispondano che *pro rata*, e gli altri abbiano naturalmente anche un'azione di regresso contro colui che li ha fatti incorrere nella penale (15). Viceversa se v' hanno più creditori, convien dire a rigore: tutti hanno diritto di esigere la penale, se la prestazione é stata fatta a un solo e non a tutti; ma il debitore può colla *exceptio doli* respingere l'azione di quelli che ha già soddisfatto (16). Del resto la prestazione, che non essendo eseguita, ha per conseguenza di far incorrere nella penale, può essere di varia natura, senza che questa diversità influisca punto sull'applicazione della pena.

---

(12) L. 26 § 13. D. de cond. indeb. 12. 6; L. 2 § 1 D. de V. O.
(13) L. 2. § 1. 3. L. 85. § 4 D. de V. O.
(14) L. 26 § 14. D. de cond. indeb.
(15) L. 5 § 3. 4. L. 55. § 6. D. de V. O.
(16) L. 2 § 6. L. 3. § 1. D. de V. O.

C. *Dei Debiti pecuniari.*

Fels. quid debito pecuniario contracto, praesertim mutationibus circa pecuniam interim facta, solvendum sit? Tub. 1814. **Pfeiffer,** pract. Ausführungen I. 7. **Hufeland,** über die rechtl. Natur der Geldschulden Berl. 1851. **Borgatti** e **Calgarini** nei vol. IV e V dell'Irnerio. **Vangerow** § 570.

Non parmi che un trattato delle obbligazioni sia il luogo più acconcio per discorrere di proposito sulla natura del danaro; ma non credo che possa ommettersi una osservazione molto rilevante, ed è: che i Romani vedevano nella moneta meno un valore reale che un segno rappresentativo dei valori (1). Ciò premesso, avverto che v'ha un debito pecuniario nel vero senso della parola quando taluno deve a un altro una determinata somma di pecunia, sia che venga determinata questa somma soltanto, o con essa anche la specie delle monete in cui vuol essere pagata. Un vero debito pecuniario occorre sì nell' un caso e sì nell'altro; ma nondimeno le conseguenze ne sono diverse.

1. Supponiamo che non v'abbia alcuna particolare determinazione circa le specie metalliche, ma che soltanto una certa somma di denaro formi l'obbietto del contratto. In questa ipotesi il debitore avrà libera la scelta tra tutte le monete correnti (2), purchè il creditore non abbia a patirne danno (3); ed anzi non solo avrà la scelta tra le varie specie, ma eziandio il diritto di eleggerne parecchie e darle promiscuamente al creditore. Ad ogni modo, qualunque sia la specie ch'egli presceglie, dovrà pagar sempre tanti pezzi della specie prescelta quanti occorrono per sanare il debito, non già secondo il valore intrinseco di queste monete, ma giusta il loro valore esterno al tempo del pagamento. Il che discende molto naturalmente dalla natura stessa della pecunia e del debito pecuniario. Per la qual cosa, posto che nel frattempo non siasi mutato che il valore intrinseco della specie prescelta dal debitore, ciò non può esercitare la benchè menoma influenza. Viceversa, se queste monete

(1) Arg L. 1 D. de contr. emt. 18. 1; L. 42 D. de fidejuss. 46. 1; L. 94. § 2 fin. D. de solut. 46. 3.

(2) Arg. L. 65 § 1 D. de V. O. 45. 1; v. anche L. 24 § 1. D. de pign. act. 13. 7.

(3) L. 99 D. de solut.

hanno nel frattempo subita una alterazione nel valore esterno, il debitore dovrà dare un numero maggiore o minore di pezzi metallici a seconda che il detto valore esterno è diminuito o aumentato. Che se il mutamento concernesse al piede monetario, converrebbe prima di tutto ragguagliare la somma del debito al nuovo piede; e fatto il ragguaglio, il pagamento delle singole specie va effettuato come se la somma trovata mediante quella riduzione fosse dovuta fin dalle prime (1).

2. Può darsi peraltro che colla somma sia stata determinata a un tempo anche la specie metallica. Naturalmente cessa in questa ipotesi il libero diritto di elezione che compete al debitore nella ipotesi preaccennata. Se però la data specie più non esistesse, e tornasse così impossibile l'adempimento del contratto; o anche esistendo, non potesse venir trovata se non con grave dispendio sproporzionato all' entità del debito; o si potesse provare che manca al creditore ogni ragionevole interesse per essere pagato in quella più presto che in altra specie, sarebbe lecito al debitore di sostituirne un'altra in sua vece. Del rimanente, il ripeto, anche questo è un vero debito pecuniario. Trovano quindi applicazione gli identici principii come nella ipotesi che non fosse stata determinata se non la somma; e il debitore dovrà dare tanti pezzi metallici quanti sono necessari al pagamento giusta il loro valore esterno al tempo in cui questo pagamento si verifica.

3. In quella vece non v'ha che un debito pecuniario in senso improprio, se l'obbietto di esso non è una somma, ma un determinato numero di monete di una determinata specie. Le singole monete vanno considerate in questo caso come altrettante cose fungibili, la cui quantità e qualità vogliono essere misurate unicamente dall' istante in cui ebbe nascimento la obbligazione. In altri termini: il debitore deve pagare quel determinato numero di monete di quella determinata specie giusta il valore metallico delle medesime al momento in cui il debito fu contratto, senza punto badare al loro estrinseco valore, il quale può essere indifferentemente cresciuto o diminuito nel frattempo. Se non potesse o gli riescisse oltremodo malagevole di trovarne, dovrebbe prestarne la estimazione.

(1) Vangerow § 470.

4. Può darsi per ultimo che l'oggetto della obbligazione consista in singole monete in ispecie, come verbigrazia, nel caso di un deposito, di un commodato e di un legato (5): ma codesta non è che una *obligatio speciei*, e il carattere di debito pecuniario và qui interamente smarrito. Il debitore ha l'obbligo soltanto di restituire i *corpora nummorum* in ispecie, così come li ebbe, quand'anche il loro valore esterno si fosse mutato nell'intervallo decorso tra il tempo del contratto e il tempo del pagamento, e persino se fossero stati cassati.

D. *Dell'obbligo di pagare gl' interessi.*

Noodt, de foenore et usuris in opp. t. I. **Glück,** Commentar § 1129-1138. **Ostertag,** Berechnung der Zinsen bei Griechen u. Römern. Ratisb. 1781. **Steuber,** der Zinsfuss bei den Römern. Basil. 1857. **Colas de la Roue,** du prêt à intérêt en Grece, à Rome, en Iudée, dans le droit canonique, le droit barbare et les coutumes féodales Paris 1867. **Thibaut,** ueb. die Verzinsung illiquider Schulden (Arch. f. civ. Prax. IX. 6). **Emmerich,** ueb. die Verzinslichkeit illiquider Schulden (Giess. Zeitschr. XII. 2). Il medes., besondere Klage wegen nicht stipulirter Zinsen (ib. n. 6). **Buchholtz.** Beitr. zu d. Lehre v. d. gesetzl. Zinsen (Abhandl. n 23). **W. Sell,** ueb. d. Verbot des Zinsen supra duplum (nei suoi Jahrb. I. 2). **E. Keller,** ueb. die rechtl. Bedeutung des Factums langjähriger Zinszahlung (ib III. 5). **Kritz,** inwiefern erlischt die Verbindlich. zu versprochenen höheren Zinsen wegen fortgesetzter Bezahlung niederer Zinsen (Abh. n. 3). **Winckler,** de condictione immodici foenoris (Opusc. II. p. 72. seg.). **Vangerow,** § 76. 77.

1. Cominciamo dal considerare l'indole generale degl' interessi.

Gl' interessi, *usurae*, nel senso tecnico della parola, sono quella quantità di cose fungibili, che il debitore deve pagare al creditore per averlo privato temporaneamente dell' uso di una maggiore quantità di cose fungibili della medesima specie, che tecnicamente parlando dicesi: *sors*, *caput*, *capitale*.

Perciò l' obbligo di pagare gl' interessi non occorre se non nel caso che obbietto del debito sia una quantità di cose fungibili, cioè *res quae numero, pondere, mensura consistunt*, p. e. una quantità di denaro, che è il caso più ordinario; nè altrimenti gl' interessi debbono essere cose fungibili. Ma non basta.

---

(5) Vedi p. e. L. 28 D. de usufr. 7. 1; L. 4 D. commod. 13. 6; L. 34 § 4 D. de legat. I; L. 94 § 1. D. de solut.

Tanto le usure quanto il capitale vogliono anche appartenere alla medesima specie; e questo è un secondo requisito, il quale non patisce una modificazione se non per quelle materie di specie diversa, che servono a palliare un'usura nel senso volgare, o che in altri termini sono date *in fraudem legis*.

È anche necessario che questi interessi sieno pagati, non dirò come equivalente per l'uso del capitale, ma per aver privato il creditore di quest'uso, quand'anche il debitore non ne avesse approfittato.

Gli interessi stessi consistono in una quota del capitale, ovverosia vengono calcolati secondo determinate frazioni di esso, desumendone la misura parte dalla entità del capitale medesimo, parte dal tempo in cui il creditore fu privo del suo uso. Affine di ottenere una misura generale i Romani, fin dagli ultimi tempi della Republica, accettarono come base per la grandezza del capitale la somma di cento, come base del tempo la durata di un mese. Così chiamarono *usurae centesimae* la centesima parte del capitale pagata a titolo d'interesse, cioè il dodici per cento annuo; e queste *centesimae usurae* vennero considerate come l'unità, a cui ragguagliarono ogni altra determinazione di interessi, dinotando quelli più alti come un multiplo delle *centesimae*, quelli più bassi come parti di esse: *besses usurae*, due terzi; *semisses usurae*, la metà; *trientes usurae*, il terzo.

Sarà poi chiara una cosa: che cioè l'indole degli interessi è affatto accessoria. Le usure suppongono sempre un capitale; per il che debbono cessare col capitale, non essendo neppure immaginabili senza di esso. Trovo anzi ordinato da Giustiniano, che venendo il capitale ad estinguersi per prescrizione, questa debba essere estesa anche agli interessi arretrati (1). Che se il debito del capitale non avesse mai esistito, neppure gli interessi avrebbero potuto esistere un sol momento; e se nonostante taluno, credendosi debitore, li avesse erroneamente pagati, egli potrebbe esigerne la restituzione.

Senonchè la esistenza degli interessi non suppone sempre da se anche la esistenza del capitale? E lo stesso imperatore Severo non ha deciso in favore della figliuola di Flavio Atenagora, a cui erano stati confiscati i beni, che il fisco dovesse pagarle la

(1) L. 26. pr. C. de usur. 4. 32.

dote pel esmplice fatto che il padre ne avea pagato gl'interessi? (2) Ecco una domanda, la quale può presentare qualche difficoltà: ma nonostante la decisione contraria, non parmi possa accettarsi l'esorbitante principio, che il pagamento degli interessi formi da solo una *iuris praesumtio* per la esistenza del capitale. Gl'interessi ponno essere tutt'al più un indizio, ma non mai una prova della esistenza del capitale medesimo; e ad ammettere ciò m'induce una doppia considerazione. Prima di tutto la decisione suaccennata sembra piuttosto un atto di grazia dello imperatore Severo, sovra cui sarebbe assurdo di voler fondare una regola di diritto. Oltrecciò è noto che il padre ha l'obbligo legale di dotare la figlia; e se invece di darle il capitale, egli paga gli interersi, ben può la quantità di questo capitale essere materia di dubbio, ma il capitale medesimo non ha bisogno di prova, trattandosi, il ripeto, di un obbligo legale.

2. Veduta l'indole degl'interessi, veggiamo da quali cause possano derivare.

Gl'interessi sogliono ordinariamente dividersi in volontari e necessari: noi considereremo gli uni e gli altri.

A. Diconsi volontari gl'interessi ogni qualvolta v'abbia un negozio giuridico diretto appunto al pagamento di essi: negozio che può essere indifferentemente una pollicitazione (3), un atto di ultima volontà (4), od una convenzione. In quest'ultima ipotesi gl'interessi medesimi son detti convenzionali, e intorno ad essi è duopo aggiungere alcuna cosa.

Se il debito principale è fondato in un negozio di stretto diritto, il creditore non potrà di regola esigere degl'interessi, che qualora sieno vestiti della forma della stipulazione; e in questo caso l'obbligo di pagarli era considerato come una speciale obbligazione fiancheggiata dalla sua propria azione (5). Solo eccezionalmente poteva bastare anche un nudo patto, qualora il mutuo

---

(2) L. 6. § 1. D. de usur. 22. 1.
(3) L. 10 D. de pollicit. 50. 12.
(4) L. 3. § ult. D. de ann. legat. 33. 1.
(5) L. 3 C. de usur. 4. 32.; L. 75. § 9. D. de V. O. 45. 1.; L. 1. C. de judic. 3. 1.

fosse dato da una *civitas* (6), o da un *argentarius* (7), o si trattasse di pecunia *traiectitia* (8), o di un mutuo non consistente in denaro (9). Per converso bastava un semplice patto quando il negozio, da cui derivava il debito principale, era un negozio di buona fede; e allora coll'azione di esso debito si potevano esigere a un tempo anche gl'interessi (10).

B. Veniamo agli interessi necessari. Questi provengono non da uno speciale negozio, ma dalla legge; e nondimeno sogliono distinguersi più particolarmente le usure legali in senso stretto dalle usure punitorie.

a. Per cominciare da queste ultime, esse suppongono sempre un atto illecito, un delitto, e si verificano innanzi tutto qualora il debitore sia moroso, nel qual caso son dette *usurae ex mora.* Il debitore moroso reca danno al creditore, togliendogli con questo suo illecito ritardo l'uso del capitale, ch'egli avrebbe per lo meno potuto collocare a interesse; ed ecco perchè la legge obblighi il debitore a pagare le usure dal momento della mora. Giova però avvertire che quest'obbligo non era riconosciuto per diritto romano se non se nel caso che il debito avesse per fondamento un negozio di buona fede (11). Parimenti colui, che, avendo da amministrare o custodire delle cose fungibili, verbigrazia il tutore, il mandatario, il *negotiorum gestor*, il depositario, il socio e va dicendo, doveva pagare gli interessi, se approffittava di queste cose, impiegandole illecitamente per conto proprio (12); come ne incombeva l'obbligo ad ogni amministratore, che lasciava oziose le cose fungibili affidate alla sua amministrazione, senza adoprarle in vantaggio del proprietario (13).

(6) L. 30 D. de usur. et fruct. 22. 1.

(7) Nov. 136. c. 4.

(8) L. 5 § 1. L. 7. D. de naut. foenore 22. 2.

(9) L. 12 C. de usur.

(10) L. 24 fin. L. 26. § 1. D. depos. 16. 3; L. 5. C. de pact. int. emt. 4. 54.

(11) L. 32. § 2. D. de usur.

(12) L. 7. § 10. 12. D. de admin. et peric. tutor. 26. 7.; L. 10. § 3. D. mand. 17. 1.; L. 38. D. de negot. gest. 3. 5.; L. 1. § 1. D. de usur.; L. 6. § 1. D. de P. A. 13. 7.; L. 4 C. depos. 4. 34.

(13) L. 7. § 3. 11. L. 15. D. de adm. et peric. tutor.; L. 12. § 10. D. mand. 17. 1; L. 13 § 1. D. de usur.; L. 19. § 4. L. 31 § 3. D. de

b. Resta finalmente che diciamo delle usure legali in senso stretto, di quelle usure cioè che debbono pagarsi indipendentemente da un atto illecito o da un particolare negozio. Esse occorrono specialmente qualora si tratti di una *in rem versio*, cioè nella ipotesi che taluno amministrando gli affari altrui vi abbia fatto delle spese del proprio, perocchè egli possa domandare non solo il risarcimento del capitale impiegato, ma con esso anche gl'interessi (14). Oltrecciò il fisco, i minori e gli stabilimenti di beneficenza, quando si tratta di legati pii fatti in loro favore, possono, per ispeciale beneficio di legge, esigere gl'interessi delle somme dovute anche da un debitore non moroso (15). Ancora, vi sono alcuni negozi giuridici pei quali sono ammesse delle usure legali. Il compratore di una cosa deve pagare gl' interessi del prezzo fin dal momento che gliene fu fatta la tradizione, quando anche non si trovi in mora (16). Similmente colui che si è obbligato a costituire una dote, può esssere tenuto a pagarne gli interessi, se lascia trascorrere due anni dopo conchiuso il matrimonio senza prestarla (17); non altrimenti del marito, che, dopo sciolto il matrimonio, non ne fa a tempo debito la restistituzione (18); e anche in questi casi si prescinde dalla mora. Per ultimo la parte condannata in giudizio a pagare una somma di danaro, godeva di un termine di quattro mesi per soddisfare il suo debito; ma trascorso questo lasso di tempo era per legge obbligato agli interessi, i quali in questo caso portavano il nome di *usurae rei iudicatae* (19).

---

neg. gest. 3. 5; L. 17. § 7. D. de usur.; L. 9. pr. D. de adm. rer. ad civit. pertin. 50. 8.

(14) L. 3. § 1. 4. D. de contr. tutelae et utili act. 27. 4.; L. 12 § 9. D. mand.; L. 19. §. 4. D. de neg. gest.; L. 37. D. de usur.; L. 18. C. de negot. gest. 2. 19; L. 67. § 2. L. 52 § 10 D. pro socio 17. 2; L. 4. C. de aedif. priv. 8. 10.

(15) L. 17. § 5. 6. L. 43 D. de usur.; L. 87. § 1 D. de legat. II; L. 3. C. in quib. caus. in int. rest. 2. 41; L. 5. C. de A. E. V. 4. 49.

(16) L. 13. § 20 D. de A. E. V. 19. 1; L. 18 § 1. D. de usur.; L. 2. C. eod.; L. 5. C de A. E. V.; cf. L. ult. D. de peric. et com. 18. 6; L. 13. C. de A. E. V.

(17) L. ult. § 2. C. de iure dot. 5. 12.

(18) L. un. § 7. C. de rei ux. act. 5. 13.

(19) L. 2. 3. C. de usur. rei iudic. 7. 54.

La suaccennata divisione delle usure in volontarie e necessarie è importante anche per altro riguardo. Le usure volontarie hanno un proprio fondamento di obbligazione: sono *usurae in obligatione*, e il creditore può esigerle indipendentemente dal capitale. In quella vece le usure punitive e legali difettano di uno speciale fondamento: esse non hanno quindi una propria azione, e non possono esigersi che all'occasione del debito principale; insomma, per dirla romanamente, *officio judicis tantummodo debentur*. Perciò il creditore che accetta il pagamento del capitale senza fare alcuna particolare riserva relativamente agli interessi, non può più esigerli in seguito (20); e parimenti, se prodotta l'azione contro il debitore del capitale, gli interessi non fossero stati punto contemplati nella sentenza, egli decadeva dal suo diritto di esigerli (21).

3. Or sono da esaminare le restrizioni legali degli interessi.

Il mutuo fruttifero di denaro, *foenus*, era conosciuto all'antica Roma, e prima si conchiuse colla forma del *nexum*, poscia, mancato l'uso del nesso, colla forma di una particolare stipulazione *de usuris praestandis*. Sembra eziandio che in origine l'importo degl' interessi fosse determinato dalla libera convenzione delle parti, non altrimenti che si conveniva liberamente della pigione di una casa o di qualsiasi altro oggetto. La libertà però nascondeva un pericolo. I prestatori di denaro non tardarono ad abusarne, e l'usura venne sfruttata in Roma in modo così crudele da provocare frequenti rivolte, e mettere a repentaglio perfino la esistenza dello Stato (22). In questi frangenti intervenne la legge, ponendo un limite agli interessi. E prima le dodici tavole ne fissarono il tasso all'*unciarium foenus*: questo doveva essere il massimo, e chi prendeva di più incorreva nella pena del quadruplo (23). Ma cosa era questo *unciarium foenus?* Ecco una domanda che affatica tuttora gli interpreti delle antichità romane. Tanto è certo, che *unciarium foenus* è un tasso

(20) L. 49. § 1. D. de A. E. V.

(21) L. 4. C. depos. 4. 34.; L. 13. C. de usur.; L. 49 § 1. D. de A. E. V.

(22) Dionys. Ant. Rom. 4, 11; 5, 53. 63; 6, 23 seg.; Liv. 2, 23. 27. 29. 31. 33; Dionys 6, 89. 90.

(23) Tac. Ann. 6, 16.; Cato de re rust. praef.

in cui viene pagata un'oncia, cioè la dodicesima parte di un asse: ma di qual somma? e in qual tempo? Alcuni trovando nelle opere degli autori classici e dei giureconsulti, che l'interesse era pagato mensilmente, e riferendo la parola oncia al capitale, vennero nell'idea che oncia significasse una dodicesima parte del capitale al mese, ovverosia dodici dodicesimi all'anno, e per dirla modernamente il cento per cento (24): ma questa ipotesi, il cui risultato è troppo spaventoso, non è confortata da alcuna testimonianza di antichi scrittori. Altri invece pur seguendo lo stesso metodo di contare l'interesse mensilmente, ma riferendo la parola oncia agli interessi e non al capitale, visto che il nuovo diritto chiamava *usurae centesimae* l'uno per cento al mese, ritennero che *unciarium foenus* significasse un dodicesimo per cento al mese, ovverosia l'uno per cento all'anno (25): ma anche questo sistema è inamissibile. Infatti ei pare poco probabile che un tasso così tenue abbia potuto eccitare i lagni dei debitori e spingerli perfino alla sommossa; oltrecchè troviamo che dopo tutte le modificazioni introdotte per alleggerire il peso onde i debitori erano aggravati, il tasso degli interessi fu sempre molto più elevato. Finalmente Niebuhr, di cui accetto l'opinione, considerando l'oncia come frazione del capitale al pari degli autori della prima ipotesi, ma non cotando per mesi, è d'avviso che *unciarium foenus* nel senso dei decemviri sia stata un'oncia, cioè la dodicesima parte del capitale all'anno, e quindi l'otto e un terzo per cento, ove si prenda a misura l'antico anno ciclico di soli dieci mesi, e il dieci per cento ove si voglia applicarla all'anno civile che ne contava dodici (26).

Tale è l'*unciarium foenus* della legge decemvirale: pur sembra che cotesta disposizione sia da lì a non molto caduta in di-

---

(24) Questa opinione si collega colla falsa interpretazione che Accursio aveva dato delle *usurae centesimae* e *semisses*, interpretazione accettata dai più antichi giureconsulti. Tra i moderni è sostenuta da Hüllmann.

(25) Sigonio, Salmasio, Gronovio, Eineccio, Gravina, Schultz ec.

(26) Del resto la opinione, che *unciarium foenus* equivalga all'8 1/3 per cento, può trovarsi in Seto Calvisio e in Nic. Abramo. Fra i moderni primo ad enunciarla fù Hugo: Niebuhr non ha fatto che modificarla.

menticanza pel gran bisogno di denaro cagionato dalla invasione dei Galli, onde fu necessaria una nuova legge che la confermasse, correndo l'anno 398 di Roma (27). E altre leggi si succederanno rapidamente. Una *Lex Marcia adversus foeneratores* appartiene di certo alla fine del quarto secolo o al principio del quinto (28). Pochi anni appresso, precisamente nel 407, un'altra legge, di cui non conosciamo il nome, porterà il tasso degli interessi alla metà, *semiunciarium foenus* (29); e infine una *Lex Genucia* dell'anno 413 abolirà interamente gl'interessi, proibendo di prestar denaro a usura (30). Non sarà però difficile il comprendere come una legge positiva, la quale si mette in assoluta contraddizione colle leggi naturali del commercio, non abbia grande prospettiva di mantenersi: ma forse non andrebbe errato chi ne limitasse il divieto alle sole usure palliate. Ad ogni modo, sia che rinverdissero o non fossero mai tolte, certo è, che trovansi permesse le usure propriamente dette ancora nel quarto secolo e più nel quinto e nel sesto. Per vero dire non mancarono nuove restrizioni, e furono portate a più riprese (31): ma riescirono tutte ugualmente inefficaci contro il male che cresceva ogni dì più (32), favorito dall' uso, che s' introdusse appunto sullo scorcio della Republica, di contare gl' interessi a mese. Al tempo di Cicerone la *usurae centesimae*, cioè l'uno per cento al mese, erano il tasso ordinario dell'interesse, introdotto non sappiamo se per consuetudine o per legge; ma non era raro il caso di veder pagato fino al quattro per cento al mese, ovverosia il quarantotto per cento all'anno, *quaternae usurae* (33). Giova avvertire cioè, che le usure centesime erano bensì le sole legittime, le sole permesse dagli editti dei governatori provinciali e dalla giurisprudenza (34); ma potevano estendersi all'infinito in

(27) Liv. 7, 16.

(28) Gai. 4, 23.; Liv. 7, 21.

(29) Liv. 7, 21. 27.; Tac. Ann. 6, 16.

(30) Liv. 7, 42.; Tac. l. c.

(31) Liv. epist. 74.; Appian. de bell. civilib. 1. 54; Liv. 25., 7; Asconius Pedianus argum. in Cornel.; Cic. ad Attic. 5, 2.; Festus v. unciaria lex.

(32) Liv. 35, 7.; Appian. 1, 54; Plut. Cato maior 21.

(33) Cic. ad Attic. 1, 12; 5, 21; Svet. Caesar 42.

(34) Cic. ad Attic. 5, 21. 11; 6, 1. 5. 6.; Plut. Lucull. 20.; Paul. 2, 14.

alcuni casi eccezionali, precisamente nel *foenus nauticum* e nel prestito di grani (35). Così stavano le cose ancora ai tempi di Giustiniano, quando questo imperatore, considerando le *centesimae usurae* come il limite massimo assoluto, portò il tasso ordinario alla metà.

Per ciò che concerne alle usure convenzionali, fu determinato per Giustiniano, che nessuno potesse pattuire più di una *dimidia centesimae*, ovverosia il sei per cento (36), e questa regola doveva vincolare anche il fisco (37). Nondimeno essa patisce qualche eccezione sì in più e sì in meno. Trovo cioè permesse le *centesimae usurae*, ovvero il dodici per cento, nei contratti traiettizi e nei mutui, che non consistevano in denaro, ma in altre cose fungibili (38); dunque nei casi che per l'addietro non conoscevano limite di sorta. Anche i padroni di fabbriche e i mercadanti potevano pattuire un interesse maggiore dell'ordinario, cioè l' otto per cento, *besses usurae* (39): ma invece le persone illustri o di rango anche più elevato erano limitate al quattro per cento, *trientes usurae* (40); e coloro che prestavano denaro a un rustico dovevano star paghi a una siliqua per soldo (41).

Anche per gli altri interessi, come pei convenzionali, la regola è la *dimidia centesimae* (42): ma quanto alle usure legali propriamente dette occorrono pure delle eccezioni, e parimenti sì in più che in meno. In alcuni casi erano permesse le usure centesime, cioè quando la obbligazione di pagarle risultava dalla cosa giudicata (43), o quando il proprietario di un edificio comune lo faceva riparare a proprie spese (44). Non credo invece

2. 4; L. 1. 2. Th. C. de usur. 2. 33; L. 8. 1. C. si cert. petat. 4. 2.

(35) Plut. Cato mai. 21; Paul. 2, 14. 3; L. 1. 2. C. de naut. foen. 4. 33.

(36) L. 26. C. de usur.

(37) L. ult. C. de fisc. usur. 10. 8.

(38) L. 26 § 1. C. de usur.; Nov, 34.

(39) cit. L. 26 § 1 C. de usur.; cf. Gothofredus ad L. 5. Th. C. de metatis 7. 8.

(40) cit. L. 26. § 1. C. de usur.

(41) Nov. 34.

(42) L. 26. C. de usur.

(43) L. 2. 3. pr. C. de usur. rei iudic. 7. 54.

(44) L. 4. C. de aedif. priv. 8. 10.

che anche un gerente d'affari, un tutore od amministratore publico che impiegava per conto proprio il denaro dei suoi amministrati, dovesse pagare il dodici per cento a titolo d'interessi; conciossiachè i frammenti dei giureconsulti, che parlano effettivamente di quest'obbligo (45), vogliansi risguardare come accettati nel Corpo del diritto giustinianeo in conformità coi nuovi principii, e non già nella loro primitiva significazione. D' altra parte gl'interessi legali pel pagamento e per la restituzione della dote vennero limitati alla *tertia pars centesimae* (46); e il medesimo tasso può trovarsi anche in un caso della legge Falcidia (47); mentre colui che ha l'obbligo di pagare gli' interessi di un legato non deve che il tre per cento (48).

Come veggiamo, Giustiniano stabilì la misura degli interessi parte con riguardo alla specie del capitale, parte con riguardo alla persona dei creditori e al loro rango. In pari tempo fu proibito di domandar gl' interessi che eccedessero l' importo del capitale: *ultra alterum tantum* (49). E già all'epoca dei giureconsulti classici trovo che il creditore non poteva esigere gl' interessi arretrati, la cui somma uguagliasse o superasse il capitale (50): ma nondimeno se aveva in mano dei pegni, egli poteva esercitare un diritto di ritenzione. Giustiniano animato da un cieco odio contro le usure, abolì dapprima cotesto diritto di ritenzione (51); poscia in parecchie costituzioni stabilì, che anche trattandosi di interessi regolarmente pagati, dovesse assolutamente cessare l'obbligo del debitore dal momento che la loro somma era tanto cresciuta da pareggiare il capitale (52). Queste leggi avevano manifestamente lo scopo di favorire il de-

---

(45) L. 38 D. de neg. gest. 3. 5.; L. 54 D. de adm. et peric. tut. 26. 7; L. 10. § 3. D. mand. vel contra 17. 1.

(46) L. ult. § 2. C. de iure dot. 5. 12; L. un. § 7. C. de rei ux. act. 5. 13.

(47) L. 3 § 2. D. ad leg. Falc. 35 2.

(48) L. 12. pr. C. de petit. hered. 3. 31.

(49) L. 10 C. de usur.; L. 26. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6.; L. 9. pr. D. de usur.

(50) L. 10 C. de usur.

(51) L. 27. § 1. C. de usur.

(52) L. 29. 30. C. de usur.; Nov. 121. c. 2.; Nov. 138.; Nov. 160: nessuna è glossata.

bitore, ma in realtà dovevano nella maggior parte dei casi produrre un effetto contrario. Erano leggi assurde, ed ebbero la sorte che meritavano. Le ultime costituzioni giustinianee, non chiosate dai glossatori, non furono punto accettate in Europa.

Le restrizioni, onde abbiamo parlato finora, concernono la quantità degli interessi: un altro divieto, che prendiamo ora a considerare, concerne la qualità del capitale da cui gli interessi vogliono essere pagati. I Romani stabilirono il principio che gl'interessi non possono essere risguardati come capitale, e quindi proibirono l'anatocismo, ovverosia gl' interessi degli interessi, parte per motivi d'equità, affine di preservare il debitore da completa ruina, parte perchè sembrò ad essi inconseguente e incompatibile colla *elegantia juris* che una accessione possa produrre altre accessioni. Trovo poi che cotesta proibizione risale a tempi molto antichi (53): ma non era assoluta. Prima di Giustiniano nessuno avrebbe immaginato di trasgredire la legge se gli interessi arretrati fossero stati di comune accordo aggiunti al capitale, e il debitore avesse quinc' innanzi pagate le usure di tutta la nuova somma: Giustiniano proibì anche questo (54). Parimenti nel calcolare le *usurae rei judicatae* si usava di aver riguardo anche agli interessi a cui il debitore era stato condannato (55): Giustiniano stabilì non potersi esigere delle *usurae rei judicatae* se non dal capitale dovuto (56). Insomma fu assolutamente proibita ogni operazione che avesse per risultato di far pagare al debitore l'interesse composto, sia direttamente o indirettamente, aggiungendo gl'interessi al capitale o lasciandoli al debitore come un nuovo prestito.

S'intende però che cotesta proibizione suppone che v'abbiano veramente degli interessi e degli interessi non ancora pagati. Dal momento che le usure avessero perduta la loro natura, nulla osterebbe a che potessero fruttare anch'esse delle altre usure. Per tal modo non v'ha punto anatocismo se gl'interessi già pagati vengono prestati nuovamente al debitore come

(53) Cic ad. Attic. 5, 21. 13.; L. 26. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6. L. 27. D. de re iudic. 42. 1.; L. 20. C. ex quib. caus. infamia 2. 12.

(54) L. 28. C. de usur.

(55) L. un. § 2. Th. C. de usur. rei iudic. 4. 19.

(56) L. 3. pr. C. de usur. rei iudic. 7. 54.

un nuovo capitale, purchè ciò non accada per frodare la legge. Parimenti, se un tutore od altra persona, la quale amministra gli affari altrui, ommette di esigere degli interessi o li impiega per conto proprio, egli risponde non solo di questi interessi, ma deve insieme pagare gli interessi dei medesimi; e neppure in questo caso può avervi discorso di anatocismo, perocchè gli interessi in questione perdano il loro carattere in riguardo di lui, e vogliano essere considerati come ogni altro capitale (57).

4. Per venire alle conseguenze giuridiche, osservo che ogni atto, il quale abbia per iscopo di far pagare degli interessi più elevati o di eludere le restrizioni di cui toccammo or dianzi, è considerato come un'*usuraria pravitas*, e importa delle pene, che sono parte publiche parte private. Già le dodici tavole e la legge Marcia sembrano aver obbligato l'usuraio a restituire il quadruplo di ciò che aveva indebitamente ricevuto (58), e questa pena può trovarsi ancora in una legge di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio (59); mentre manca nel diritto giustinianeo. Invece anche per diritto giustinianeo gl'interessi illeciti non producevano azione; per il che tutto quello che era stato promesso di troppo non poteva essere domandato dal creditore (60), e se il debitore avesse pagato veramente delle usure indebite, tutto l'eccedente poteva essere ripetuto, come pagato indebitamente (61), o imputato nel capitale (62). In generale ogni trasgressione era radicalmente nulla, e non solo se direttamente opposta alle disposizioni legali, ma anche se mirava a raggirare la legge, pur rispettandone la lettera. Ancora, l'usuraio era colpito d'infamia (63).

---

(57) L. 10 § 3 in fin. D. mand. 17. 1; L. 7. § 12. L. 58. § 1. 4. D. de adm. et peric. tutor. 26 7.

(58) Varro de re rust. praef.; Gai. 4, 23.

(59) L. 2. Th. C. de usur. 2. 33.

(60) L. 26. § 1 C. de usur.; L. 26. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6.

(61) L. 18. C. de usur.; L. 26. pr. § 1. D. de cond. indeb.

(62) L. 26. § 1. L. 18. C. de usur.; L. 5. § 4. D. ut in pos. leg. 34. 4.

(63) L. 20 C. ex quib. caus. infam. 2. 12.

E. *Della prestazione del danno.*

Schömann, Lehre vom Schadensersatz. Giessen 1806. **Hänel,** Versuch einer Darstellung der Lehre vom Schadensersatz Lips. 1823. **Wening Ingenheim,** die Lehre vom Schadensersatze Eidelb. 1841. **T. Mommsen,** die Lehre vom Interesse (Beitr. zum Obbligationenr. II. Brunsw. 1855). **Cohnfeld,** die Lehre vom Interesse. Lips. 1865. **Forti,** dei danni interessi (Trattati di giurispr. Fir. 1865). **Gesterding,** über das lucrum interceptum (Ausbeute I. 1. 1). **W. Sell,** üb. die Vorschrift von Kaiser Iustinian, dass das Interesse in allen Fällen qui certam habent quantitatem vel naturam das duplum nicht übersteigen dürfe (nei suoi Iahrb. I 5.) **Büff,** üb. d. Zeitp. der Schätzung beim Wertersatz (Arch. f. civ. prax XXXIII. 5. 10). **Vangerow,** § 571. — **Drummer,** Würderungseid Bamb. 1806. **Müller,** Schätzungseid Iena 1806. **Schröter,** üb. d. iusiurandum in litem (Arch. f. civ. Prax. IV. 22). **Gesterding,** v. Beweis des Schadens (Ausbeute I. 1. 2). **Vangerow.** § 171.

1. Premetto alcune considerazioni sull' indole e sulla specie del danno.

Quando parliamo di un danno come obbietto di prestazione, intendiamo sempre un danno relativo al patrimonio, dunque una perdita o diminuzione economica; e il risarcimento di esso consiste nel togliere questa perdita, ma solo come tale, non anche nella sua specialità.

Il danno stesso può essere positivo o emergente, se effettivamente diminuisce il patrimonio; e può essere negativo o lucro cessante, se impedisce il suo aumento (1). Ancora, si distingue l'*id quod interest* dalla vera *rei aestimatio*. La quale è l'interesse diretto, cioè quel danno che è la immediata conseguenza di un fatto od avvenimento (2); mentre l'*id quod interest* nel senso proprio della parola è l'interesse indiretto, cioè ogni danno il quale non discende precisamente da un fatto, ma colpisce taluno solo per la coesistenza di altre circostanze che potrebbero non esistere (3).

---

(1) L. 27 D. ex quib. caus. mai. 4. 6; L. 13. pr. D. rat. rem hab. 46. 8.; L. 11 pr. D. ad S. C. Treb. 36. 1.; L. 21 § 2.; L. 22. 33 D. ad leg. aquil. 9. 2.

(2) L. 1 § 20 D. de tut. et ration. distr. 27. 3; L. 179. 193 D. de V. S.

(3) L. un. § ult. D. si quis ius dic. 2. 3; L. 1. § 20 D. de tut. et rat. distr.; L. 193 D. de V. S.; L. 2. § 13 D. vi bon. rapt. 47. 8. — In un senso più generale si adoperano le locuzioni *id quod interest* o *quanti interest* per esprimere sì il danno diretto e sì il danno indiretto e vi si sottointende *hoc vel illud factum non esse*.

Gli scrittori moderni sogliono anche distinguere l'interesse comune dal singolare: ma è una differenza cotesta, che concerne più presto la stima del danno che non il danno medesimo, e si collega colla speciale idea del prezzo di affezione. Precisamente chiamasi comune l'interesse, se la entità del danno è stimata secondo il valore comune della cosa; mentre se nella stima si avesse riguardo al valore particolare che il danneggiato stesso per le sue individuali inclinazioni ascrive alla cosa, l'interesse assumerebbe il nome di interesse singolare od interesse di affezione (4). Affrettiamoci peraltro di aggiungere che nella dottrina del risarcimento non si ha mai riguardo a un semplice interesse di affezione. L'unica importanza che questo interesse ha nel nostro diritto sta in ciò, che anch'esso vale a rendere efficace un negozio giuridico, ma e' non sarà mai obbietto di risarcimento (5).

Un'altra divisione che suol farsi del danno in *damnum circa rem* e *damnum extra rem* è desunta da un frammento di Paolo, dove è discorso di una *utilitas quae circa ipsam rem consistit* (6). Gli scrittori però sono tuttavia discordi sopra la vera significazione di queste parole. Alcuni per *damnum circa rem* intendono il danno diretto, per *damnum extra rem* il danno indiretto; altri invece sostengono che il *damnum circa rem* è un danno inevitabile, e chiamano *extra rem* il danno che si avrebbe potuto evitare. Ove si pensi alle molte contese a cui cotesta divisione ha fatto luogo, e alla grande confusione che ne derivò, parrà forse accettabile il consiglio del sommo Vangerow di ignorarla, mettendo assieme, senza alcun riguardo ad essa, i semplici risultati delle fonti.

2. Veniamo alle cause che possono dar origine alla prestazione del danno.

Il semplice fatto di un danno non dà per anche diritto al danneggiato di domandarne il risarcimento, ed anzi in moltissimi casi dovrà portarlo egli stesso. Ciò accadrà innanzi tutto s'egli medesimo è colpa del proprio danno, grazie a quell'assioma: *qui sua culpa damnum sentit damnum sentire non intel-*

(4) L. ult. § 2. D. de oper. serv. 7. 7.
(5) L. 5. § 4. L. 6. D. de in litem iurando.
(6) L. 21. § 3. D. de A. E. V. 19. 1.

ligitur (7): principio assoluto, il quale non patisce una eccezione se non nel caso che il danno sia stato cagionato a un tempo pel dolo di altra persona, perocchè *dolus culpa peior est* (8). Parimenti il danno è, almeno di regola, a carico di colui che lo soffre e nessuno è obbligato a ripararlo, quando deriva da un semplice caso, giusta quell'adagio: *casus a nullo praestantur,* o anche *casum sentit dominus.*

In generale la prestazione del danno suppone una causa speciale di obbligazione, la quale può consistere naturalmente in una dichiarazione della volontà, diretta appunto a fondare un obbligo di tal fatta, e quindi in un atto di ultima volontà o in una convenzione: ma questi casi non presentano nulla di particolare, e tutto dipende dallo speciale tenore delle dichiarazioni medesime.

La prestazione peraltro può anche essere la necessaria conseguenza di un atto illecito, e precisamente può derivare o da un vero delitto o dalla lesione colposa di una obbligazione; cioè quando l'obbligato non adempie colposamente gli obblighi, che un determinato rapporto obbligatorio gl'impongono, e l'altro perciò ne patisce danno. Ad ogni modo la necessità della prestazione del danno suppone in ambi i casi la imputabilità di colui che lo deve riparare, sebbene sia indifferente ch'ei versi in dolo o solamente in colpa (9). Se invece l'atto non fosse che obbiettivamente illegale, non potrebbe avervi alcun obbligo al risarcimento; per la qual cosa è chiaro che un infante o un furioso, il quale coi suoi atti recasse un danno a qualcuno, non sarebbe mai tenuto alla prestazione di esso (10).

Finalmente anche una disposizione immediata della legge può obbligare al risarcimento del danno, e ne abbiamo parecchi esempi. Così se dall'appartamento di qualcuno vien gettata o versata qualche cosa sovra un publico passaggio, il danno vuol

(7) L. 11. D. ad leg. Aquil. 9. 2; L. 203. D. de R. I.

(8) L. 9. §. 4 L. 31 in fin. D. ad leg. Aquil.; L. 55. § 1 D. de A. E. V.

(9) L. 23 in f. D. de R. I.

(10) L. 61 in f. D. de adm. et peric. tut. 26. 7 combin. colla L. 5. § 2. D. ad leg. Aquil.; cf. anche la L. 60. D. de R. V. 6. 1. — Vangerow § 571 n. 2.

essere risarcito da lui, quantunque sia cagionato da un terzo. Parimenti i padroni di una nave, di un albergo, o di una stalla, rispondono di ogni danno toccato agli effetti dei viaggiatori, non solo per colpa propria, ma anche per colpa altrui, e quindi per qualche cosa che riguardo ad essi non è che un caso. Ancora, i padroni di animali, che contro loro natura arrecano dei danni sono tenuti all'indennità. Trovo pure che i proprietari delle cose gettate in mare da una nave nello scopo di preservarla da un naufragio hanno diritto al risarcimento contro i proprietari delle altre cose che furono per tal modo salvate. Sopratutto giova notare questa regola: colui che trovandosi in un rapporto obbligatorio vien meno ai suoi obblighi, non per assoluta impossibilità, ma per un ostacolo relativo alla sua persona, deve sempre rispondere del danno, quand'anche non sia in colpa; e un'applicazione specialmente importante di questo principio la vedremo parlando della evizione.

Or queste sono le cause che possono far luogo alla prestazione del danno: una dichiarazione della volontà, un atto illecito e la legge, e senza una di queste particolari cause di obbligazione non vi può essere indennità.

Qui però si presenta spontanea una domanda. Posto anche che taluno abbia cagionato un danno per sua colpa, dovrà egli risarcirlo se dall'altro canto ha recato un vantaggio al danneggiato? o non potrà esservi piuttosto una compensazione del vantaggio e del danno? Se noi consultiamo le nostre fonti, esse paiono a prima vista discordi. Mentre cioè vien rigettata la compensazione del danno cagionato da un socio per sua colpa(11), essa dall'altro canto è ammessa se si tratta di un danno fortuito prodotto da un *negotiorum gestor* con un suo affare arrischiato, posto che per altro riguardo ne sia derivato un vantaggio (12). Non è peraltro difficile di accordare questi passi apparentemente discordi, distinguendo se il vantaggio non sia che la conseguenza di un dovere, com'è il caso coi soci, o sia invece derivato da un atto di libera volontà, com'è il caso col *negotiorum gestor*. Parrà poi naturale di escludere la compen-

(11) L. 23. § 1. D. pro socio 17. 2; cf. anche le L. 25. 26 D. eod.
(12) L. 11 in f. D. de neg. gest. 3. 5.

sazione nel primo caso, come si troverà naturale di ammetterla nel secondo.

3. Ritenuto che v'abbia una causa speciale di obbligazione, qual danno vuol essere veramente risarcito?

La soluzione di questa domanda dipende naturalmente in gran parte dalla distinzione delle singole cause da cui è originato l'obbligo del risarcimento. Se la obbligazione deriva direttamente da una dichiarazione della volontà, la estensione del risarcimento andrà misurata dal tenore di questa dichiarazione; ma certo nella maggior parte dei casi, avuto riguardo alla intenzione delle parti, la prestazione si limiterà alla vera *rei aestimatio,* cioè al danno diretto. Parimenti se il fondamento della obbligazione sta nella legge, la estensione del risarcimento dipenderà dal tenore della legge stessa; ma qui pure vale la regola che non s'abbia a risarcire che il danno diretto (13). In quella vece quando causa del danno è un atto illecito, il colpevole è responsabile di ogni danno derivato veramente da quell'atto, vale a dire di ogni e qualsiasi danno che non sarebbe nato senza quell'atto, di ogni danno cioè, onde quell'atto è la causa efficiente o la *conditio sine qua non*, e dunque, tanto del danno emergente quanto del lucro cessante (14), tanto della *aestimatio* quanto dell'*id quod interest* (15), supposto sempre ch' egli lo abbia potuto prevedere (16).

4. Determinata la specie del danno, resta di stimarlo, cioè di fissarne il valore pecuniario. Al qual proposito premetto una osservazione. Ogniqualvolta si tratta di valutare un danno in

---

(13) vedi p. e. L. 2 § 4. D. de lege Rhodia 14. 2; L. 45 D. de contr. emt. 18. 1; L. 13 pr. § 1. D. de A. E. V.; L. 19. § 1. in fin. L. 33 in fin. D. locati 19. 2; L. 112 § 1. D. de legat. I; L. 25 § 2 in f. D. ad S. C. Trebell. 36. 1.

(14) L. 33 pr. D. ad leg. Aquil, 9. 2; L. 2. § 8 D. de eo quod certo loco 13. 4; L. 83 D. locati; L. 11 pr. D. ad S. C. Trebell.; L. 3. § 11 D. ne quid in loco publico 43. 8; L. 1. § 41. D. de vi et vi armata 43. 16; L. 13. D. ratam rem hab. 46. 8; L. 7 C. arbitr. tut. 5. 51; L. un. C. de sent. quae pro eo quod inter. prof. 7. 47.

(15) L. 21. 23. D. ad leg. Aquil.; § 10. I. eod. 4. 3; L. 1 pr. D. de A. E. V.; L. 8. D. de evict. 21. 2. — L. 2 § 8. D. de eo quod certo loco 13. 4; L. 13 § 1 D. de A. E. V.; L. 22 § 1. D. ad leg. Aquil.

(16) L. 21 § 3. D. de A. E. V.

denaro, e' non può essere considerato che come un fatto economico, perchè il denaro non è una misura diretta se non per fatti o rapporti di questo genere. Di qui la regola, che nella stima si avrà riguardo solo al valor generale, quale risulta dai rapporti comuni del commercio, prescindendo da tutto ciò che è legato alla personalità del danneggiato, e quindi dal così detto prezzo d'affezione, che essendo estraneo alla idea economica, non è punto valutabile a denaro.

S'intende poi che trattandosi di cose immobili, esse dovranno stimarsi secondo il valore comune del luogo dove giaciono. Del resto vale la regola seguente: se il luogo della prestazione è stato determinato, la stima deve farsi secondo i prezzi di questo luogo, altrimenti secondo i prezzi del luogo dove fu prodotta l'azione (17). Ma anche il tempo può influire sui valori delle cose. Se il giorno del pagamento è determinato, decide il valore di questo giorno (18); altrimenti, trattandosi di *stricta judicia* prendevasi a base della valutazione il prezzo che aveva la cosa al momento della contestazione della lite, mentre si teneva conto del tempo della condanna nei *bonae fidei judicia* (19). Naturalmente le regole suesposte circa al luogo e al tempo possono da speciali rapporti venir singolarmente modificate, sopratutto grazie alla mora, di cui parleremo in altra occasione.

In dubbio il danno vuol essere trovato coi soliti mezzi processuali. Giustiniano però stabilì per alcuni casi un massimo, che non si doveva sorpassare nella estimazione del danno. L'*id quod interest*, cioè probabilmente tutto il risarcimento che il danneggiato ha diritto di esigere, non può eccedere l'*alterum tantum* dell'obbietto principale in tutti i casi *certi*, cioè, a quanto pare, qualora si tratti di una obbligazione con un obbietto determinato, e il debitore arreca danno al creditore, tralasciando di adempierla o non adempiendola a dovere (20). La restrizione giustinianea va dunque limitata ai casi in cui la prestazione del danno ha un carattere accessorio; mentre invece non trova applicazione

(17) L. 22 in f. D. de R. C. 12. 1; L. ult. in f. D. de cond. tritic. 13. 3; L. 3 in f. D. de A. E. V.

(18) L. 22 pr. D. de R. C.; L. ult. pr. D. de cond. tritic.

(19) L. 3. § 2. D. commod. 13. 6.

(20) L. un. C. de sent. quae de eo quod inter. profer. 7. 47.

quando la prestazione del danno deriva da un delitto o da simili motivi, ovverosia nei casi in cui la prestazione stessa del danno forma l'obbietto principale della obbligazione. Il danno in questi casi può venir calcolato *in infinitum*, pel semplice motivo che non v' ha una cosa principale dietro cui possa venir misurato.

Solo eccezionalmente è permesso al danneggiato di prendere la stima del danno sulla sua coscienza, e farla col suo semplice giuramento, prescindendo dagli ordinari mezzi di prova. Questo è il *jusjurandum in litem*, a proposito del quale notiamo innanzi tutto, che è un diritto e non un obbligo del danneggiato (21), e che non serve a provare il fatto dannoso, cioè il titolo dell'azione, che vuol essere invece provato nel modo ordinario, ma solo la estensione del danno e il suo valore in danaro, onde è anche detto giuramento di stima. Ancora, esso non fu introdotto se non per le azioni arbitrarie e per quelle azioni di buona fede, le quali sono dirette ad un *restituere* o ad un *exhibere*, qualora il reo, nonostante la sentenza, rifiutava per contumacia la restituzione od esibizione della cosa, oppure non poteva restituirla od esibirla per dolo o colpa lata, rendendone per tal modo impossibile la stima nelle vie ordinarie (22). Invece sarebbe errore il credere, che questo beneficio fosse ammesso generalmente per dolo e colpa lata in tutte le azioni di buona fede, e avesse in queste una importanza diversa che non nelle azioni arbitrarie (23). Quant' è poi alle azioni di stretto diritto, il giuramento in lite non poteva aver luogo parte per la natura più rigorosa di queste azioni, che non permetteva una stima propria dell'attore, e parte perchè l'azione era ordinariamente diretta a nuove pre-

---

(21) L. 2. C. de in litem iurando 5. 53.

(22) L. 1. 2. 4. § 4. L. 5. pr. § 4. L. 6 D. de in litem iurando 12. 3; L. 68. D. de R. V.; L. 7 D. si servit. vindic. 8. 5; L. 16. § 3. L. 21. § 3. D. de pign. 20. 1; L. 18 pr. D. de dolo malo 4. 3; L. 25. § 1. D. sol. matr. 24. 3.

(23) L. 68. D. de R. V.; L. 25. § 1. D. sol. matr. — L. 5 pr. D. depos. 16. 3. — L. 3. D. de in lit. iurando; L. 1. § 26. D. depos.; L. 3. § 2. D. commod.; L. 48 § 1. D. locati 19. 2; L. 25. § 1. D. sol. matr.; L. 8 D. de in lit. iurando; L. 1. 2. 4. C. eod.; L. 7 pr. D. de adm. tut. 26. 7.

stazioni e non ad un *restituere*. Che se il troviamo ciononpertanto ricordato anche nei *stricta judicia*, conviene avvertire che esso aveva qui un carattere affatto diverso. Il giudice il quale per colpa del reo si trovava nella impossibilità di stimare la lite, per esempio perchè l'obbietto di essa più non esisteva, poteva adoperare in sussidio anche il giuramento dell'attore (24). Del resto il danneggiato aveva l'obbligo di giurare la obbiettiva verità, mettendo nella bilancia soltanto ciò che può essere convertito in denaro, e quindi l'interesse economico, e non anche le sue idee, i suoi sentimenti, insomma il prezzo d'affezione, che egli potesse attaccare all'obbietto della obbligazione per motivi affatto personali. Con altre parole: il giuramento in lite è sempre *jusjurandum veritatis* e non anche *jusjurandum affectionis* (25). Anzi il giudice poteva alla sua volta fissare un massimo, e persino per gravi motivi moderare la stima del creditore (26).

III. Dei soggetti delle obbligazioni.

1. Dei soggetti originari; in ispecie delle obbligazioni correali e solidali.

Tit. I e C. de duob. reis stipulandi et promittendi (3. 17 - 8. 40); D. de duobus reis constituendis (45. 2).

Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen Gott. 1831. **Rückert,** zur Theorie der Correaloblig. (Giess Zeitschr. N. S. XII. 1). **Brinz,** Krit. Blätter Nr. 4. Erl. 1853. **Bekker,** process. Consumtion p. 217 sqq. **Helmolt,** Correalobl. Giessen 1857. **Demangeat,** des obligations solidaires en droit romain Par. 1859. **Fitting,** Natur der Correaloblig. Erl. 1860. **Samhaber,** zur Lehre v. d Correalobl. im röm. u. heut. R. Erlang. 1861. **Baron,** die Gesammtrechtsverhältnisse im röm. R. Marburg 1864.

---

(24) L. 5 § 4. L. 6. D. de in lit. iurando.

(25) L. 63 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2; L. 1 § 15. D. si quid in fraud. patr. 38. 5.; L. 33 D. ad leg. Aquil. — I passi che sogliono addursi in favore di un prezzo d'affezione debbono essere spiegati diversamente: L. 5 § 1. D. ne quis cum; L. 8. D. de in lit. iurando; L. 1. 4. § 2 D. eod.; L. 68. D. de R. V.

(26) L. 4. §. 2. 3. L. 5 § 1. 2. D. de in lit. iurando; L. 18 pr. D. de dolo malo; L. 3 § 2. D. ad exhib. 10. 4; L. ult. § 14. C. de iure delib. 6. 30.

(27) L. 9. C. unde vi 8. 4.

Lewandowski, de la solidarité en droit romain et en droit civil français Arras 1866 **Siebenhaar,** Correalobligationen rach röm. u. gem. Rechte Lips. 1867. **Fritz,** Beiträge zur Lehre v. d. Correalobl. (Giess. Zeitschr. N. S. XVII. p. 145 sqq.). il medes. über den Musterfall der röm Correalobl. (Ibid. XVIII p. 355 sqq. XIX p. 55 sqq.). **W. Sell,** üb. d. Recht des correus debendi v. dem anderen correus theilweisen Ersatz der gezahlten Correalschuld zu verlangen (Giess. Zeitschr. III. 21. IV. 2). **Schröter,** zu der Lehre v. d. Correalobl. (Ibid. VI. 12). **Helmbach,** Kann die in Nov. 99 ertheilte Rechtswohlthat auf duo rei promittendi bezogen werden? (Ibid. XVI. 2, 10). **Appellus,** üb. d. Enstehung u. Behandlung der Correal-Forderungen mit bes. Rücks. auf d. Beneficium divisionis (Arch. f. civ. Prax. XVI. 12). **Burchardi,** die Nov. 99 c. 1. betrifft nicht Correalobl. (Ibid. XIX. 3). **Vangerow,** § 573.

Ogni obbligazione suppone necessariamente due soggetti: un creditore e un debitore, perchè nessuno può essere debitore o creditore di se medesimo. D'altronde possono esistere insieme più debitori o più creditori della medesima prestazione; e ciò può accadere in vario modo.

1. Di regola i diversi soggetti sono interessati *pro rata* o *in partem:* ovverosia ciascuno dei vari creditori non può pretendere che una parte dell'oggetto, e ciascuno dei vari debitori non è tenuto a pagarne che una parte (1). A ben guardare però non troviamo che v'abbiano più soggetti: in casi di tal genere non v'è una obbligazione soltanto, ma tante obbligazioni quante sono le parti o quote che possono venir domandate e che debbono venir pagate. L'obbligazione in altri termini si divide in più obbligazioni differenti, in ciascheduna delle quali non v'ha che un debitore e un creditore.

2. Consideriamo un altro caso. Più soggetti possono essere siffattamente interessati da rispondere in solido o da poter esigere il solido ciascheduno indipendentemente dall'altro. Con altre parole: ognuno dei più debitori può essere obbligato a pagare la totalità del debito, oppure ognuno dei più creditori può esigere la totalità del credito, in modo che il pagamento dell'intera somma fatto da uno dei debitori non libera gli altri, nè il credito esatto da uno dei creditori estingue il credito degli altri (2). Anche in questa ipotesi non esiste una sola ob-

---

(1) L. 11 § 1. 2. D. h. t. 45. 2; L. 43 D. de re iudic. 42. 1; L. 10. § 3. D. de appell. 49. 1; Tit. C. si plures una sent. condemn. sunt 7. 53; Nov. 115 c. 6 e Auth. si quando C. de const. pec. 4. 18.

(2) L. 139. L. 18. § 2. 4. 5 D. de iniur. 47. 10; L. 55 § 1. D. de adm. 26. 7; cf. L. 11. § 2. 4. D. ad leg. Aqui . 9. 2.

bligazione, ma sonvene parecchie, ognuna delle quali ha i suoi soggetti.

3. Finalmente può verificarsi che ciascheduno dei più debitori sia tenuto per l'intera somma, e ciascheduno dei più creditori abbia il diritto di esigere l'intero pagamento, ma in guisa che con questo ne rimanga estinto il rapporto obbligatorio per tutti gli altri. Questo caso abbraccia due diverse categorie, che solevano già comprendersi indistintamente col nome di obbligazioni correali; ed è merito del Ribbentrop di averne stabilita la specifica diversità. Sulle sue traccie noi distinguiamo la obbligazione solidale dalla vera obbligazione correale.

L'obbligazione correale consta di un solo vincolo di gius e di un solo obbietto benchè più sieno le persone o i subietti: *una eademque obligatio, una eademque res, sed plures personae.* L'obbligazione solidale invece presuppone più persone o subietti che debbano prestare la medesima cosa per intero, ma in forza di tanti vincoli di gius quante sono quelle persone: *plures obligationes, una eademque res et plures personae.* Noi dobbiamo esaminare particolarmente l'un caso e l'altro.

A. La vera obbligazione correale è dunque una obbligazione sola col medesimo oggetto ma con più soggetti, talmente legati fra di loro che ognuno dei creditori può esigere il pagamento e ognuno dei debitori è tenuto per l'intera somma, ma in guisa che il pagamento fatto una volta estingue il rapporto obbligatorio anche per gli altri (3). I più creditori son detti creditori correali, o per valermi del linguaggio dei Romani: *duo vel plures rei stipulandi vel credendi;* i più debitori portano il nome di debitori correali, o secondo i Romani: *duo vel plures rei promittendi vel debendi.* L'obbligazione medesima chiamasi obbligazione correale attiva o passiva, secondo che vi sono più creditori o più debitori.

I motivi che danno origine a una obbligazione correale possono essere diversi. Quelli, che il gius romano riconosce come normali, sono: il contratto, che ordinariamente si conchiudeva

(3) Pr. § 1 I. h. t.; L. 3 § 1. D. h. t.; L. 116 D. de V. O. 45. 1.; L. 9 pr. D. de pact. 2. 14; L. 71. D. de fideiuss. 46. 1; L. 34 § 1. D. de solut. 46. 3; L. 16. D. de accept. 46. 3.

colla forma della stipulazione (4), e il testamento (5); quindi, un atto di privata volontà. Eccezionalmente nasce una obbligazione correale nei casi dell'*actio de peculio, de in rem verso quod iussu, exercitoria* e *institoria;* conciossiachè anche in questi v'abbia una vera identità della obbligazione del padre o del mandante con quella del figlio o del mandatario. Ancora, se un servo comune o un animale comune arreca un danno atto a provocare un'azione nossale, i comproprietari ne rispondono come debitori correali (6). Parimenti, più banchieri, i quali esercitano in comune il loro negozio, sono considerati come debitori o creditori correali in tutti gli affari relativi ad esso (7). Per ultimo il motivo di una obbligazione correale può giacere nella indivisibilità dell'obbietto, quando questo consiste nella prestazione di una servitù prediale (8). In generale, ogni obbligazione correale è sempre una eccezione alla regola, e deve per conseguenza aver sempre il suo speciale fondamento. Nel dubbio converrà ammettere una pluralità di obbligazioni (9).

Ma quali sono gli effetti di una obbligazione correale? Noi distinguiamo a questo riguardo la obbligazione correale attiva dalla passiva.

L'obbligazione correale passiva ha questo effetto che il creditore può esigere la totalità del credito da uno dei più debitori a sua scelta, o anche escutere ciascuno di essi *pro rata* (10). Ogni correo risponde altresì della colpa dell'altro, perchè non havvi che un solo rapporto obbligatorio. D'altronde suppongo che questa colpa sia tale da operare sovra l'oggetto medesimo (11); mentre quelle colpe, le quali non si ri-

(4) Pr. I. h. t.; L. 9. D. h. t.; L. 16 pr. D. de pec. const. 13. 5.
(5) L. 8 § 1 D. de legat. I; L. 16 D. de legat. II; L. 25 D. de legat. III.
(6) L. 1 § 14. 15 D. si quadrup. pauper. 9. 1; L. 8. D. de nox. act. 9. 4; L. 7. 8. 14 pr. L. 20 pr. D. de interr. in iure 11. 1.
(7) L. 9. pr. L. 25. pr. L. 27 pr. D. de pact. 2. 14; L. 34 pr. D. de recept. 4. 8.
(8) L. 17. D. de servit. 8. 1; L. 72 pr. D. de V. O.
(9) L. 11 § 1. 2. D. h. t.
(10) L. 8 § 1. D. de legat. I; L. 3 § 1 D. h. t.; L. 2 C. eod. — L. 16 C. de fidei. 8. 41.
(11) L. 18 D. h. t.

feriscono punto all'oggetto, non nuocono se non al debitore colpevole (12). Per tal modo tutti sarebbero ugualmente responsabili nel caso che l'oggetto della obbligazione fosse stato deteriorato o distrutto; ma invece ogni singolo risponde solamente della propria mora. Similmente se la prescrizione estintiva viene interrotta per uno dei correi, l'interruzione è operativa anche per gli altri, non essendovi che *una eademque obligatio* (13).

È controverso fino dai tempi dei glossatori, se il debitore, il quale ha pagato tutto il debito, abbia il ricorso verso gli altri correi. L'opinione apparentemente più equa ha trovato non di rado accesso nella pratica e tra i giureconsulti pratici, i quali gli accordarono una *utilis negotiorum gestorum actio*: invece la maggior parte dei teorici accolse sempre la sentenza di Bulgaro, che cioè il correo pagante non abbia come tale alcuna azione di regresso. Infatti è cosa erronea di considerare il rapporto in discorso come una *negotiorum gestio*, la quale non può verificarsi che in affari altrui, mentre questo non è il caso con la obbligazione correale. Il correo non adempie assolutamente che la propria obbligazione, e non anche una obbligazione altrui indipendente, perchè non havvi che una sola obbligazione (14). Soltanto nel caso che il vantaggio del debito abbia ugualmente profittato anche agli altri correi, è ammesso per legge che il debitore pagante possa *aequitatis causa* sperimentare un'azione di risarcimento (15). Fuori di questa ipotesi non potrei ammettere un regresso, che qualora ci fossero degli speciali motivi, come: la società, il mandato, l'intercessione o la cessione dell'azione.

Per simile respingo l'idea che il reo convenuto possa opporre la *exceptio divisionis*, ovverosia domandare di non essere condannato che in una parte del debito quando gli altri correi sono capaci di pagare. Una *exceptio divisionis* farebbe assolutamente alle pugna colla essenza della obbligazione correale, e

(12) L. 32. § 4 D. de usur. 22. 1; L. 173 § 2. D. de R. I.

(13) L. ult. C. h. t.

(14) Questo resultato è anche confermato dalle nostre fonti: L. 62 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2. — Gai. 3, 122; L. 39 D. de fidei. 46. 1; L. 11. C. eod. 8. 41.

(15) L. 2 C. h. t.

tale è il diritto delle Pandette e del Codice. V'ha però chi sostiene aver la Novella 99 esteso quel beneficio a tutti coloro che erano correalmente obbligati; e anche questa controversia si agita fino dai tempi dei glossatori. Io credo col Vangerow, che questa novella non introducesse una modificazione se non per un singolo caso. Essa suppone che più persone abbiano contratto un debito comune, la cui causa sia ridondata a vantaggio di tutti i debitori, e che ciascuno siasi reso garante per gli altri, promettendo di rispondere per la totalità di esso debito. Cotesta ipotesi, considerata formalmente, ci si presenta certo come una obbligazione correale, perchè ognuno dei più debitori si è obbligato fin dalle prime a pagare il solido; in sostanza però è una intercessione, perchè ognuno dei debitori non è principalmente obbligato che fino all'importo di una quota, e per le altre assume sovra di sè gli obblighi dei condebitori. Il caso presenta un carattere particolare; e Giustiniano non credette opportuno di applicarvi nè la teoria delle obbligazioni correali, nè quella delle intercessioni. Battendo adunque una via di mezzo, e conciliando in certo modo il lato formale col materiale di questo rapporto, avvantaggiando i debitori senza nuocere punto al creditore, determinò che il giudice debba citare tutti i debitori correali presenti, stabilirne giudizialmente la solvenza e la insolvenza, e condannare i solventi a pagare in comune il creditore. Questo è il tenore della Novella 99, ben diverso dall'ordinario *beneficium divisionis*. A ben guardare la novità giustinianea concerne a quella stessa ipotesi per cui Diocleziano e Massimiano avevano accordata l'azione di regresso al correo pagante.

Veniamo alle obbligazioni correali attive. Ognuno dei più creditori può esigere la totalità del credito, e a ciascheduno può essere pagata la totalità (16), senza che il creditore pagato abbia l'obbligo di metterne a parte gli altri. Perchè un tal obbligo esista, ei deve avere il suo speciale fondamento; e sarebbe il caso p. e. se più creditori fossero soci: ma non può punto emergere dalla natura della obbligazione correale. In sostanza egli è il medesimo principio, che riscontrammo nella

(16) § 1. I. h. t.; L. 31. § 1. D. de novat. 46. 2; L. 1 C. h. t.

obbligazione correale passiva, il quale trova qui la sua analoga applicazione. E analogamente, come nella obbligazione correale passiva, se uno dei più creditori interrompe la prescrizione estintiva del debitore, questa interruzione giova anche agli altri (17).

Tanto per le obbligazioni correali passive quanto per le obbligazioni correali attive vale la regola, che ogni fatto, il quale distrugge la esistenza obbiettiva della obbligazione, estingue tutta la obbligazione correale, quand'anche e' non si avverasse che in un solo dei correi, non essendovi che una sola obbligazione. In quella vece quei fatti, che riguardano soltanto il rapporto subiettivo di uno dei correi coll'obbligazione, non operano che subiettivamente, ovverosia non estinguono la obbligazione che pel singolo subietto, restando essa ferma per tutti gli altri. Per tal modo il pagamento, la compensazione, la novazione, l'accettilazione, il giuramento e la consumazione processuale, distruggendo la esistenza obbiettiva della obbligazione, estinguevano la obbligazione di tutti (18); mentre il patto di non chiedere *in personam*, la diminuzione di capo, la restituzione in intero, la confusione e il legato di liberazione, concernendo solo al rapporto subiettivo di uno dei condebitori o concreditori, non estinguevano che la obbligazione di colui nel quale queste cause si erano verificate (19).

B. L'obbligazione solidale suppone, come dicemmo identità di oggetto e pluralità di obbligazioni e di soggetti: suppone più persone che debbano tutte prestare la medesima cosa per intero, ma in forza di tanti vincoli di gius quante sono queste persone. Essa non ha mai un carattere attivo, ma soltanto passivo, o per dirla in altri termini: non vi sono *creditori* solidali; e nasce di regola per comuni delitti, ma naturalmente solo rispetto all'obbligo del risarcimento e non anche rispetto alla

(17) L. ult. C. h. t.

(18) L. 7. § 1. D. de except. 44. 1; L. 2 D. h. t.; L. 31 § 1. D. de novat. 46. 2; L. 16 pr. D. de accept. 46. 4; L. 28. § 1. 3. L. 42 § 1. 3. D. de iureiur. 12. 2.

(19) L. 21 § 5. L. 22 — 27. L. 32 D. de pact. 2. 14; L. 9 § 1 D. h. t.; L. 7. § 1. D. de except. 44. 1. — L. ult. D. h. t. — L. 48 pr. D. de minor. 4. 4. — L. 71 pr. D. de fidej. et mand. 46. 1.

pena (20). Lo stesso dicasi del caso che più tutori (21) o più magistrati (22) abbiano commesso una colpa; perocchè tutti ne sieno solidali. Parimenti trovo verificarsi questa solidarietà nella ipotesi che più persone abbiano conchiuso assieme un contratto senza però costituirsi veri debitori correali mediante un patto adietto: per il che più depositari (23), più commodatari e conduttori, (24) o più mandatori (25) rispondono solo solidariamente, ma non anche correalmente.

Del resto come nella obbligazione correale passiva, così anche nella solidale, il creditore può esigere la totalità del credito da ciascuno dei vari debitori a sua scelta; e parimenti, come nelle obbligazioni correali, non è generalmente ammesso il *beneficium divisionis*, salvo per più tutori (26), magistrati (27) o mandatori (28).

In quella vece compete al debitore che ha pagato una azione di ricorso giusta i principii della *negotiorum gestio* pel semplice motivo che vi sono più obbligazioni. Il singolo debitore, in quanto paga per sè, adempie a un tempo anche la obbligazione degli altri: ovverosia fa gli affari altrui, e può quindi pretenderne il risarcimento, purchè non si trovi in dolo (29). Ancora, diversamente dalla obbligazione correale, la colpa di uno dei debitori, quand'anche si riferisca all'obbietto della ob-

(20) L. 1 § 4 D. de eo per quem fact. 2. 10; L. 14 § 15. L. 15. D. quod met. causa 4. 2; L. 17 pr. D. de dolo 4. 3; L. 5. D. de nox. act. 9. 4; L. 3. D. si mensor fals. mod. 11. 6; L. 1. D. de cond. furt. 13. 1.; L. 7 § 4. D. quod falso tut. 27. 6; L. 1 § 13 D. de vi 43. 16.

(21) L. 1 § 43 D. depos. 16. 3; L. 18 § 1. L. 42 D. de adm. tut. 26. 7; L. 1. § 13. L. 15. 21 D de tut. et rat. distr. 27. 3; L. 2 C. de contr. iud. tut. 5. 58.

(22) L. 45 D. de adm. tut. 26. 7.

(23) L. 1 § 43. D. depos. 16. 3.

(24) L. 5. § 15. D. commod. 13. 6.

(25) L. 52. § 3 D. de fidej. 46. 1.

(26) L. 1 § 11. D. de tut. et rat. distr. 27. 3.

(27) L. 7 D. de mag. conv. 27. 8.; L. 3 C. eod. 5. 75.

(28) L. ult. C. de const. pec. 4. 18; cf. L. 7 D. de fidej. et nomin. 27. 7.

(29) L. 30. D. de neg. gest. 3. 5; L. 1 § 14. 15. L. 20 D. de tut. et rat. distr. 27. 3; L. 4 C. de in lit. dando tut. 5. 44; L. 2 C. de contr. iudic. tut. 5. 58; L. 4 D. de his qui effud. 9. 3.

bligazione, p. e. nella ipotesi che questo ne fosse stato deteriorato o distrutto, si limita a lui solo e non ha effetto anche per gli altri, perchè questi si trovano in ispeciali rapporti obbligatori. Dall'altro canto la interruzione della prescrizione estintiva in confronto di uno dei debitori non nuoce menomamente agli altri, perchè v'hanno più obbligazioni. Per simile una obbligazione solidale non si estingue interamente per ogni fatto che distrugga la esistenza obbiettiva della *obligatio*, essendochè, il ripeto, non havvi una sola obbligazione, ma più, tenute assieme soltanto dalla identità dell'oggetto. L'obbligazione solidale non può distruggersi interamente tranne per un motivo che sia valido per tutti i debitori, cioè per la soddisfazione del creditore: dunque solo in forza del pagamento o della compensazione. Qualunque fatto diverso dalla soddisfazione del creditore potrebbe estinguere la obbligazione per uno dei debitori, ma non anche per gli altri (30).

---

2. Della assunzione di un debito altrui mediante intercessione.

A. *Della intercessione in generale.*

Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Intercession Gott. 1856; **Sintenis**, v. d. Intercessionem überhaupt u. einigen Arten derselben im Besonderen (Giess. Zeitschr. X. 2); **Deurer**, üb. d. Begriff der Intercession (Arch. f. civil. Prax. XXVIII. 15); **Vangerow** § 577.

L'intercessione è una obbligazione incontrata da un terzo col creditore della obbligazione principale all'intento di garantire l'adempimento di questa insieme col debitore o in sua vece. Ogni intercessione suppone quindi:

(30) L. 14. § 15 L. 15 D. quod metus causa 4. 2; L. 1 § 10. L. 2 — 4 D. de his qui effud. 9. 3; L. 5 pr. D. de nox. act. 9. 4; L. 3 pr. D. si mensor fals. mod. 11. 6; L. 5 § 5 D. de commod. 13. 6; L. 1 § 43 D. depos. 16. 3; L. 18. § 1. L. 42 D. de adm. tut. 26. 7; L. 1 § 13. 17. L. 15. L. 21 D. de tut. et rat. distr. 27. 3; L. 7 § 4. L. 8. D. quod fals. tutor 27. 6; L. 1 § 13 D. de vi 43. 16; L. 1 C. de cond. furt. 4. 8.; L. 52 § 3 D. de fidej. 46. 1.

1. Che l'intercedente si faccia debitore; non già che paghi per un altro (1).

2. Che assuma a suo carico un debito altrui, e non già un debito proprio (2).

3. E lo assuma trattando, non già col debitore, ma col creditore (3).

Questi sono i caratteri essenziali al concetto della intercessione. Che se badiamo agli effetti ch'essa produce in confronto della persona per la quale è prestata, dobbiamo distinguerne due sorta. Essa è privativa o cumulativa, secondo che l'intercedente assume il debito altrui in luogo del vero debitore, o si obbliga insieme con lui accedendo alla sua obbligazione.

La intercessione privativa può alla sua volta avere questo scopo: di liberare la persona del debitore da una obbligazione di già esistente, e dicesi *expromissio* (4); ma può anche mirare ad altro, cioè ad impedire che taluno si obblighi, assumendo la obbligazione ch' egli avrebbe necessariamente assunta, e dicesi intervenzione (5).

Nè altrimenti la intercessione cumulativa è doppia. L' intercedente può accedere alla obbligazione altrui in modo da essere obbligato col debitore primitivo in linea uguale o solo in seconda linea. Così, giusta i diversi casi, distinguiamo la intercessione cumulativa principale dalla intercessione cumulativa accessoria. Quella si verifica quando l' intercedente accede ad una obbligazione altrui come *correus debendi* (6), e in più casi del *constitutum debiti alieni*. Questa ha luogo nella fideiussione, nel mandato qualificato, in alcuni casi del costituto di debito altrui e nel pegnoramento di cose per una obbligazione di terza persona. Noi discorriamo particolarmente della fideiussione, del costituto di debito altrui e del mandato qualificato.

(1) L. 4. § 1. D. ad S. C. Vell. 16 1; L. 1. 4. C. eod. 4. 29. — L. 8 § 5 D. eod. — L. 8 pr. D. eod; L. 12. 21 C. eod.

(2) L. 2 § 5. L. 8 § 1; L. 15. 17 pr. D. ad S. C. Vellei. — L. 8 § 1. L. 19. § 1 D. eod; L. 6 pr. C. eod.

(3) L. 32 pr. D. eod. — L. 13 pr. L. 19 § 3 D. eod. — L. 19 pr. D. eod.

(4) Ne tratteremo parlando della novazione.

(5) L. 8 § 14 D. eod.; L. 4 C. eod.

(6) Vedi l'articolo antecedente intorno alle obbligazioni correali.

B. *In ispecie:*

a. *Della fideiussione.*

Tit. I. de fideiussoribus (3, 20); D e C. de fideiussorihus et mandatoribus (46,1 - 8,41).

Lauterbach, de fideiussorib. (diss. acad. tom II n. 82); **Quinet**, de fideiussorib. sec. ius rom. Lov. 1825. **Liebe**, nel Rechtslex. di Weiske V p. 512 sqq ; **Girtaner**, die Bürgschaft nach gem. Civilr. historisch-dogmatisch dargestellt 3 vol. Jena 1850-51. — **Schmid**, de fideiussore plane non obligato Jena 1763; **Ayrer**, de fideiussore milite (Opusc. vol. 1 p. 243 sqq.). — **Huschke**, Cicero über seine Forderung an Dolabella (Zeitschr. f. g. R. W. XIV. 2); **W. Sell**, Kann der Bürge die exceptio excussionis vorschützen, wenn üb. d. Vermög. des Hauptschuldners Concurs ausgebrochen ist? (Giess. Zeitschr. III. 13); **Heimbach** (Ib. XIII. 14, 1); **Chop** (Arch. f. Civ. Prax. XV 3); **Gesterding**, ist. d. Wohlthat d. Ordnung dem Bürgen zu versagen, der sich als Selbstschuldner verbürgt hat? (Ib. IV. 2 e nella Ausbeute III, 11, 7) **Weningingenheim**, üb. d. Umwandlung einer oblig. in solidum in eine oblig. pro parte durch den Gebrauch des auxilium divisionis (Giess. Zeitschr. IV. 17.); **Heimbach**, Kann die in Nov. 99 ertheilte Rechtswohlthat auf. duo rei promittendi bezogen werden? (Giess. Zeitschr. XVI, 2, 10); **Grotefend**, de exc. divisionis Gott. 1852; **Dedekind** de exc. divis. Gott. 1853; **Girtaner**, ist das auxilium divisionis unabhängig v. gleichzeitiger u. gemeinsamer Eingehung der Mitbürgschaft? (Ausbeute I, 11, 2); **Jäger**, hat der Gläubiger eine Klage gegen den Bürgen, wenn er durch eigenes Verschulden von der Concursmasse des Hautpschuldners ausgeschlossen worden ist? (Giess. Zeitschr. V. 16); **Knorr**, Kann ein Gläubiger zum Nachtheile eines Bürgen oder des Besitzers einer für seine Schuldforderung bestellten Hypothek andere hierfür constituirte Sicherheiten aufgeben? (Arch. f. civ. Prax. XXVIII. 8); **Gesterding**, üb. Provocation von Seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung od. Benutzung der Wohlthaten der Ordnung u. Theilung (Ib. VII. 8; Ausbeute III, 11, 4); **Vangerow** § 578.

La fideiussione era per gius romano un contratto formale, precisamente una promessa fatta a mezzo della stipulazione, a securtà del creditore, di pagare il debito di altra persona nel caso che questa nol pagasse al termine della scadenza. Il suo unico scopo era adunque di prestar una maggiore sicurtà al creditore (1): ma poteva essere di varia specie. Il fideiussore poteva dichiarare espressamente di non prestare che in sussidio, ovvero soltanto per ciò che il creditore non potesse escutere dal debitore principale (2), e i moderni lo chiamano *fideiussor indemnitatis.* Potevano però darsi anche dei fideiussori succedanei, e tali erano quelli, che facevano malleveria per il fideiussore(3), o la facevano al fideiussore pel debitore principale (4). Avuto riguardo alla formola adoperata nella stipulazione, si distinguevano, secondo

(1) pr. I. h. t.; L. 1 § 8 D. de O. et A. 44. 7.
(2) L. 41 pr. D. h. t.
(3) L. 8 §. ult. L. 27 §. ult. D. h. t.
(4) L. 4 pr. D. h. t.

l'antico diritto, la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fidejussio* (5), intorno alle quali è prezzo d'opera che c'interteniamo alcun poco.

1. In generale possiamo dire che gli *sponsores* e *fidepromissores* formavano un gruppo, i *fidejussores* l'altro.

E anzitutto gli sponsori e fedepromissori non potevano accedere se non ad una *verborum obligatio* (6), mentre la fideiussione era applicabile anche ai contratti reali, letterali e consensuali, del pari che alle obbligazioni derivanti da delitti, e persino alle obbligazioni naturali non riprovate (7).

Oltrecciò l'obbligazione dello *sponsor* e del *fidepromissor* era personale e non passava dunque agli eredi, salvo la fidepromissione nel caso che l'intercedente fosse un peregrino e il suo diritto provinciale ammettesse il trapasso delle obbligazioni agli eredi (8). Invece l'obbligazione dei fideiussori veniva sempre trasmessa agli eredi.

Ancora, tra più *sponsores* o *fidepromissores* non c'era che una specie di società stabilita dalla legge Apuleia, di maniera che se l'uno avea pagato più della sua parte, ei poteva ripeterne il sopravanzo dagli altri: anzi più tardi la legge Furia *de sponsu* determinò che la loro obbligazione dovesse venir divisa di pien diritto fin dalle prime, sicchè nessuno fosse escusso se non *pro rata*, cioè per una parte proporzionale al loro numero (9). Invece i più fideiussori erano anticamente obbligati in solido, nè avevano alcuna azione di regresso; e solo Adriano, pur riguardandoli come debitori correali, accordò loro il beneficio di divisione, per cui il fideiussore escusso poteva pretendere dal creditore che si attenesse anche agli altri, qualora ne fosse provata la presenza e la solventezza (10).

La legge Furia *de sponsu* aveva introdotto anche un'altra distinzione, limitando le obbligazioni degli *sponsores* e *fidepromissores* a due anni, mentre quelle dei fideiussori erano per-

(5) Gai. 3, 115.
(6) Gai 3, 119.
(7) § 1. I. h. t.; L. 16 § 3. 4 D. h. t. — L. 1. 2. 6 § 2. D. h. t. — L. 8. § 5. L. 56 § 3. L. 70 § 5 D. h t.
(8) Gai. 3,120.
(9) Gai. 3, 121. 122.
(10) Gai. 3, 121.

petue. Nondimeno questa disposizione della legge Furia valeva unicamente per l' Italia (11).

Un' altra legge, di cui non è decifrabile il nome nelle istituzioni di Gaio, stabilì che il creditore, il quale accettava degli *sponsores* o *fidepromissores* dichiarasse publicamente e prima di accettarli per quale oggetto li riceveva e quanti ne avrebbe ricevuti. Mancando il creditore a questo suo obbligo, era lecito agli sponsori e fedepromissori di sperimentare entro trenta giorni un' azione pregiudiciale all'uopo di far constatare la omissione e farsi conseguentemente dichiarar liberi dalla obbligazione contratta (12). Invece non erano necessarie queste dichiarazioni pei fideiussori.

Una particolarità della *sponsio*, che non trova applicazione nè alla *fidepromissio* nè alla *fidejussio*, era una più rigorosa azione di regresso introdotta dalla legge Publilia. Naturalmente ogni intercessore, che paga per il debitore principale, ha il ricorso contro di lui perchè gli risarcisca il danno: ma la legge Publilia accordò allo *sponsor*, che aveva pagato e che dentro sei mesi non era stato rimborsato, l'*actio depensi*, la quale era simile a un' *actio judicati*, perchè ammetteva senz'altro la *manus iniectio*, e il debitore rispondeva del doppio (13).

Per ultimo una legge Cornelia fissò un limite tanto per la sponsione quanto per la fidepromissione e fideiussione, poibendo sotto pena di nullità che taluno si obbligasse per il medesimo debitore verso lo stesso creditore per più di ventimila sesterzi in un anno: ma la stessa legge Cornelia riconobbe alcune poche eccezioni (14).

Tale era il diritto al tempo dei giureconsulti classici: in seguito esso venne molto semplificandosi senza che sappiamo quando e per chi ciò avvenisse. Nel diritto giustinianeo sono specialmente notabili due punti. Le due forme più antiche della *sponsio* e della *fidepromissio*, andate a poco a poco in dissuetudine, più non si riscontrano in esso, ma sussiste la *fidejussio* come unica forma d' intercessione cumulativa. Oltrecciò anche le limitazioni della

(11) Gai. 3, 121.
(12) Gai. 3, 123.
(13) Gai. 3, 127; 4, 22. 25. 102. 186.
(14) Gai. 3, 124. 125.

legge Cornelia sparvero a poco a poco dalla vita giuridica senza lasciar traccia nel nuovo diritto.

2. Noi consideriamo più particolarmente la fideiussione, e innanzi tutto:

A. I suoi requisiti.

Per ciò che riguarda i soggetti valgono generalmente i principii ordinarii; e quindi ognuno, il quale è capace di obbligarsi ha eziandio la capacità di entrare mallevadore per altri. Questa regola però non era senza eccezioni. Il gius romano aveva per certi aspetti proibita la fideiussione ai soldati ed agli ecclesiastici: ai soldati che non potevano prestar sicurtà giudiciali e per gli affitti dei fondi (15); agli ecclesiastici, che non potevano far sicurtà pei publicani, per gli amministratori del fisco e pei procuratori di lite (16). Nè le donne potevano di regola intercedere per altri; ma di esse sarà prezzo dell'opera trattare con maggior diffusione più sotto.

Ancora, la fideiussione suppone sempre la esistenza di una vera obbligazione principale, a cui accede (17); nè importa che questa sia nata in un modo piuttosto che nell'altro, e specialmente che abbia questo o quel fondamento, questi o quegli effetti. La fideiussione può accedere ad una obbligazione tanto civile quanto naturale, purchè non sia una obbligazione riprovata (18), e perfino ad una obbligazione futura, sebbene in questo ultimo caso essa rimanga pendente fino a che il debitore principale sia veramente ed effettivamente obbligato (19).

Perchè poi la fideiussione è una obbligazione strettamente accessoria, e l'unico suo fine è di assecurare il creditore, quinci ne segue che non può mai riferirsi, pena la nullità, ad un obbietto diverso da quello della obbligazione principale: *in aliam rem quam quae credita est fidejussor obligari non potest* (20). Parimenti non è lecito accettare un fideiussore *in duriorem cau-*

(15) L. 8 § 1 D. qui satisd. cog. 2. 8; L. 31 C. de loc. et cond. 4. 65.
(16) Nov. 123 c. 6.
(17) Cf. L. 6 D. de V. O. 45. 1; L. 70 § 4 D. h. t.
(18) § 1 I. h. t.; L. 16 § 3. 4. D. h. t. — L. 1. 2. 6. § 2. D. h. t. — L. 8 § 5. L. 56. § 3. L. 70 § 5. D. h. t.
(19) L. 35. D. de judic. 5. 1; L. 57 D. h. t.
(20) L. 42 D. h. t. — cf. L. 8 § 8 D. eod.

sam; o per dirla in altri termini, la posizione del fideiussore non può essere più gravosa di quella del debitore principale, e anche questo pena la nullità (21).

Quant'è alla forma, essa è pur sempre, anche nel diritto giustinianeo, una *verborum obligatio*, e precisamente una stipulazione. Per questo aspetto la fideiussione va distinta da tutte le altre intercessioni: ma oggimai, quand'anche fossero state applicate le forme della *sponsio* e della *fidepromissio*, non per questo la fideiussione avrebbe mutato natura.

B. La fideiussione ha per effetto di far nascere delle relazioni giuridiche tra il fideiussore da un lato e il creditore e il debitore principale dall' altro. Gioverà considerare queste relazioni del fideiussore, e anzitutto:

a. I suoi obblighi.

La prima domanda che ci si affaccia si è di sapere di che cosa il fideiussore risponda? Naturalmente ciò che decide è in prima linea il tenore della convenzione: ma il fideiussore, che si fosse obbligato per *omnis causa* o puramente senz'altra determinazione, era tenuto insieme col debitore (22); e non solo per la obbligazione principale, ma eziandio per gli interessi, per le stipulazioni penali, per la mora ec., in una parola anche per gli accessori (23), purchè il loro fondamento non fosse posteriore alla fideiussione (24).

E non solo era obbligato insieme col debitore principale, ma ne rispondeva altresì *ipso jure* in egual linea con lui, come correo, e quindi in solido, di maniera che il creditore aveva il diritto di escutere a suo arbitrio o il debitore principale o il fideiussore (25).

---

(21) Gai. 3, 126; L. 8 §. 7 D. h. t. — § 5. I. eod. — L. 8 § 7 — 12. L. 16 § 1. 2. L. 34 D. eod. — Invece il fideiussore può obbligarsi *in leviorem causam* L. 8 § 7. 10. 11. L. 70 pr. § 1 D. eod.; § 5 I. eod.

(22) L. 32 pr. D. de adm. et peric. tutor. 26. 7; L. 5. § 2. L. 58. pr. D. h. t.

(23) L. 24 § 1. D. de usur. 22. 1; L. 88 D. de V. O. 45. 1; L. 58 § 1 D. h. t.; L. 54 pr. D. locati 19. 2; L. 2 § 12 D. de adm. rer. ad civitat.; L. 8. L. 5 C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54.

(24) L. 54 D. h. t.; L. 7. C. de loc. et cond. 4. 65.

(25) L. 3. 5. C. h. t.

Similmente più fideiussori del medesimo debito erano obbligati come correi, anche senza bisogno di una speciale intelligenza (26).

b. Il fideiussore peraltro ha eziandio dei diritti tanto in confronto del creditore quanto in confronto del debitore principale e degli altri confideiussori. Comincio dal considerare i diritti che gli competono in confronto del creditore.

E prima s'intende che non essendo la fideiussione se non una obbligazione accessoria, il fideiussore può di regola opporre al creditore quelle medesime eccezioni che competono al debitore principale (27): ma questa regola non è assoluta. Non gli è lecito opporgli delle eccezioni personali, per es. quella della competenza o l'altra del patto *de non petendo in personam* (28); e questa è cosa che non abbisogna di ulteriori schiarimenti. Senonchè anche le *exceptiones rei cohaerentes*, che pure di regola gli competono (29), gli son tolte quando ha assunto la fideiussione coll'animo di donare e quindi è privo di qualunque azione di ricorso contro il debitore (30), o si tratta di eccezioni, quale sarebbe a cagion d'esempio quella della cessione dei beni, contro le quali è appunto debito della fideiussione di proteggere il creditore (31).

Oltrecciò competono al fideiussore più benefici, vale a dire: il beneficio di escussione, quello di divisione e il beneficio delle azioni da cedersi.

Già dissi che il creditore poteva escutere ad arbitrio tanto il debitore principale quanto il fideiussore: ma Giustiniano, mitigando l'asprezza dell'antico diritto, accordò con una sua Novella (32) al fideiussore la facoltà di esigere che il creditore

---

(26) L. 5 C. h. t.

(27) § 4 I. de replic. 4. 14; L. 7. § 1. L. 19 D. de exc. 44. 1; L. 15 pr. L. 32. 49 pr. D. h. t.

(28) L. 7 pr. D. de exc. 44. 1; L. 21. § ult. L. 22 D. de pact. 2. 14; L. 24. pr. D. de re iudic. 42. 1.

(29) L. 7. § 1. D. de exc. 44. 1.

(30) L. 32. D. de pact. 2. 14; L. 9 § 3. D. ad S. C. Mac. 14. 6.; L. 5. pr. D. de lib. leg. 34. 3.

(31) § 4 I. de replic. 4. 14; L. 58 § 1. D. de mand. 17. 1.

(32) Nov. 4 c. 1.

escuta in precedenza il debitore principale. Tale è appunto il *beneficium excussionis seu ordinis*, il quale suppone che il debitore principale sia presente e solvente. In caso di assenza però il giudice deve accordare al fideiussore un termine per vedere se gli venga fatto di condurre il debitore principale sul luogo. Ad ogni modo s' intende che il fideiussore non può approfittare di questo beneficio, quando vi ha rinunciato. In forza del beneficio stesso ogni fideiussione è oggimai una *fidejussio indemnitatis*, e in conformità colla natura di cotesta specie di fideiussione, il mallevadore non deve rispondere che del vero danno in cui il creditore fosse per incorrere. Ne segue, che mentre, secondo il diritto delle Pandette (33), il fideiussore doveva rispondere anche nel caso che il creditore per sua colpa non potesse venir soddisfatto dal debitore principale, verbigrazia per averne ommessa la escussione a tempo mentre egli era ancora solvente, adesso invece, grazie alla *exceptio excussionis*, la cosa cambia aspetto. Il fideiussore, giusta i principii della *fidejussio indemnitatis* (34), non poteva essere obbligato che nell'unica ipotesi, in cui il creditore non si fosse per propria colpa tirato adosso il danno; ovverosia rispondeva solamente del vero danno, ma non anche di quello che il creditore doveva ascrivere a sua colpa, chè questo danno vero non è.

Nel caso che vi fossero più fideiussori, ognuno di essi secondo l'antico diritto era, come dicemmo, obbligato a pagare il solido: ma già Adriano, e ciò pure avvertii, introdusse in loro favore un beneficio, in forza del quale ogni singolo fideiussore poteva pretendere di non essere convenuto che per la sua parte. Tale è il *beneficium divisionis ex epistola Divi Hadriani*: ma anch'esso suppone che gli altri fideiussori sieno presenti e solventi al momento della contestazione della lite; mentre la insolvenza che fosse sopraggiunta dopo prodotta la *exceptio divisionis*, era a tutto carico del creditore (35). Del rimanente anche questo beneficio può cessare, e anzitutto per ri-

(33) L. 62 D. h. t.

(34) L. 41. pr. D. h. t.

(35) Gai. 3. 121 sq.; § 4 I. h. t.; L. 26. 28. L. 51 § 1. 4. L. 52 § 1. D. h. t.; L. 3. 10. § 1. L. 28 C. h. t.

nuncia: ma come tale non può riguardarsi l'obbligo assunto espressamente dai fideiussori di rispondere in solido, perchè facendo questo, non fanno che esprimere una cosa che s'intende da sè anche senza una loro esplicita dichiarazione (36). Ancora, il fideiussore che negava dolosamente la fideiussione ed era convinto di questa sua menzogna, perdeva il diritto al beneficio (37). Oltreciò n'erano privi i fideiussori dei tutori (38).

Un terzo ed ultimo beneficio è il *beneficium cedendarum actionum*, in forza del quale il fideiussore può domandare al creditore di cedergli tutte le azioni che gli competono contro il debitore principale e contro altri fideiussori (39). Questa cessione però doveva essere fatta prima del pagamento; conciossiachè, non tosto il fideiussore ha pagato, il diritto del creditore si estingua (40). Oggigiorno, in forza della usuale interpretazione della legge *si contendat*, è accordato al fideiussore anche il diritto di provocare il creditore *ad agendum* nei casi in cui il suo interesse lo esiga.

Or sono da considerare i diritti che competono al fideiussore in confronto del debitore.

Il semplice fatto della intercessione non accorda ancora un diritto al fideiussore contro il debitore principale: ma a tal uopo è necessario che v'abbia uno speciale rapporto obbligatorio tra essi, o almeno che sieno state cedute le azioni. Supponiamo, e questo è certamente il caso più ordinario, che il fideiussore abbia fatta malleveria per commissione del debitore principale. La fideiussione in questa ipotesi si fonda su di un mandato, e il fideiussore può sperimentare l'*actio mandati contraria* contro il debitore (41), sì dopo il pagamento che prima, e perfino senza pagamento. Mi spiego. Il fideiussore, che ha pagato, ha il ricorso contro il debitore, quand'anche avesse fatto il pagamento senza processo: ma si suppone ad ogni modo che non abbia pagato che per necessità; in ispecie, che non abbia

(36) L. 3. C. h. t.
(37) L. 10 § 1. D. h. t.
(38) L. ult. D. rem pup. salvam fare 46. 6.
(39) L. 17. 36. 39 § 1. L. 41 § 1. D. h. t.; Nov. 4. c. 1. in f.
(40) L. 30. 76. D. h. t.; L. 14. C. eod.
(41) L. 6 § 2. D. mand. 17. 1.

trascurato di accampare dei fatti a lui noti, che potessero far luogo a una eccezione (42). Oltrecciò il fideiussore, che pagava, doveva sempre darne la denuncia al debitore. Se ommetteva di farlo, e il debitore pagava nuovamente il debito, egli non poteva esigere da lui se non che gli cedesse la *indebiti condictio* (43). D'altra parte gli era lecito sperimentare l'azione del mandato anche prima del pagamento, allorquando il debitore ritardava di soddisfare il creditore e cominciava a sciupare le sue sostanze (44). Infine poteva competergli anche senza pagamento, se il creditore gli avesse condonato il debito colla intenzione di procacciargli un vantaggio: in generale quando il debitore principale era stato liberato dal debito in altra maniera che non era quella del pagamento (45).

La fideiussione però può avere il suo fondamento anche in altro rapporto obbligatorio diverso dal mandato, p. e. in una gestione d'affari. In questo caso sarà lecito al fideiussore di ricorrere contro il debitore principale sperimentando la *contraria negotiorum gestorum actio* (46).

In difetto di uno speciale rapporto obbligatorio, qualora non ci sieno gli estremi nè del mandato, nè della gestione d'affari, il fideiussore non può assicurarsi il ricorso contro il debitore principale che ottenendo dal creditore la cessione delle azioni.

Parimenti la semplice concorrenza di più fideiussioni relative al medesimo debito non basta da sola per accordare al fideiussore, che ha pagato più della sua parte, il ricorso contro gli altri fideiussori. In altri termini, anche tra più fideiussori è decisivo il rapporto obbligatorio che corre tra di essi: rapporto che può consistere in una società, in una gestione d'affari o che so io. Il fideiussore p. e., che nella vista di risparmiare i suoi compagni, avesse ommesso di produrre l'*exceptio divisionis,* poteva

---

(42) L. 29. pr. § 1. 2. 4. D. mand.; L. 67 D. h. t.; L. 10 in f. C. mand. 4. 35.

(43) L. 29 § 3 D. mand.

(44) L. 38 § 1 D. mand.; L. 10 C. eod.

(45) L. 10 § ult. L. 11. 12. pr. L. 26 § 2. 3. D. mand.; L. 18. 64 D. h. t.

(46) L. 20 § 1. D. mand.; L. 4 pr. D. h. t.

sperimentare dopo il pagamento la *contraria negotiorum gestorum actio*. Fuori del caso di uno speciale rapporto obbligatorio non c'era anche qui altra via che di farsi cedere le azioni dal creditore (47).

---

b. *Del costituto di debito altrui.*

Tit. D. e C. De constituta pecunia (13,5 - 4,18)

Zimmern, üb. Intercession durch Mandat od. Constitutum (Untersuch. nr. 10); **Kunze**, die Oblig. Lpz. 1856. p. 196 seg ; **Bähr**, Anerkennung p. 110 seg. 170 seg.; **Fuchs**, üb. das Constitutum (Arch. für civ. Prax. XLII, 9); **Vangerow** § 579.

Si adopera la parola *constitutum* per indicare un patto pretorio, col quale taluno promette di adempiere una obbligazione propria od altrui; per il che va distinto il *constitutum debiti proprii* dal *constitutum debiti alieni*. Noi riservandoci di parlare di quello quando ci occuperemo dei patti, crediamo opportuno stabilire fin d'ora i principii che valgono pel costituto di debito altrui.

Esso può conchiudersi validamente (1) anche contro la volontà del debitore (2), ed è una intercessione cumulativa, perocchè non liberi il debitore principale dal suo debito. È naturale poi, che essendo una intercessione cumulativa, al pari della fideiussione, v'abbiano dei punti di contatto tra i due istituti, e segnatamente questi: che le donne come non sono tenute alla fideiussione, non sono tenute di regola neppure al costituto; e più costituenti hanno il beneficio della divisione non altrimenti di più fideiussori (3). Cionondimeno il costituto in discorso differisce dalla fideiussione, e prima quanto alla forma.

La fideiussione cioè suppone sempre una *verborum obligatio*, mentre il costituto deriva da un semplice patto; e con questa differenza si collega anche l'altra delle azioni, perchè quella della

---

(47) § 4 I. h t.; L. 39 D. eod.
(1) L. 5. § 2. D. h. t.
(2) L. 27. D. h. t.
(3) L. 3. C. h. t.

fideiussione è un'*actio ex stipulatu,* quella del costituto è l'*actio constitutae pecuniae.*

Oltrecciò vi sono delle differenze materiali, perchè lo scopo dei due istituti è diverso e diversa la natura della obbligazione. Osservo cioè col Vangerow, che il fine esclusivo della fideiussione è di assicurare il creditore, e il debito del fideiussore è identico a quello del debitore principale, per cui l' uno e l'altro si possono riguardare come correi: in quella vece il fine del costituto può essere di procacciare al creditore anche altri vantaggi oltre a quello della securtà; e allora il debito del costituente non è quello stesso del debitore principale, e se l'uno e l'altro sono solidariamente obbligati, non sono peraltro correi. Da ciò segue in specialità:

Che il costituente può promettere al creditore un oggetto affatto diverso da quello del debitore principale (4); mentre il fideiussore non può mai essere obbligato ad una cosa di qualità diversa da quella che incombe al debitore.

Parimenti possono aggiungersi al costituto delle altre clausole accessorie e persino più gravose, come sarebbe un altro luogo di pagamento più comodo pel creditore (5).

Invece non è lecito neppure al costituente di obbligarsi a pagare di più che il debitore principale; ma d'altra parte, se pure vi si obbligasse, la sua obbligazione non sarebbe radicalmente e assolutamente nulla, come quella del fideiussore in una simile ipotesi, ma bensì valida fino all' ammontare del debito principale (6).

Da quanto dicemmo ne segue a un tempo, che il costituente non può avere il beneficio della escussione, salvo se il tenore della obbligazione principale fosse identico a quello del costituto (7). Nel caso contrario, il beneficio renderebbe frustranei quegli altri vantaggi, che il creditore ebbe di mira nel conchiudere il costituto, e quindi sarebbe incompatibile col vero carattere di esso.

---

(4) L. 1. § 5 D. h. t.

(5) L. 5 pr. D. h. t. — L. 3. § 2. L. 4. 25 D. h. t.

(6) L. 1 § 8. L. 11 § 2. L. 12 D. h. t.

(7) Nov. 4. c. 1.

c. *Del mandato qualificato.*

Oesterding, vom qualificirten Mandat (Irrthümer Nr. 6, 1); **Zimmern,** üb. Intercess. durch Mandat od. Constitutum (Untersuch. Nr. 10.)

Talvolta anche il mandato contiene una intercessione, cioè quando mira a che il mandatario in un suo affare faccia credito a un terzo. Chi intercede è naturalmente il mandante, che più comunemente in questo caso dicesi mandatore; e grazie alla natura del mandato, egli diventa responsabile degli effetti della sua commissione: perciò deve rimborsare al mandatario le spese che gli ha cagionato, e risarcirgli i danni patiti per la esecuzione del mandato.

Naturalmente anche questa maniera d' intercessione ha qualche punto di contatto colla fideiussione, ma vi son pure delle differenze. Come la fideiussione, così anche il mandato qualificato è una intercessione cumulativa. Oltrecciò la obbligazione del mandatore cessa dacchè il debito principale fu estinto, e cessa *ipso jure* (1), non altrimenti della obbligazione del fideiussore. Si aggiunge che a rigore di legge il creditore ha la scelta di escutere il debitore principale o il mandatore (2), e più mandatori rispondono solidariamente dello stesso debito (3). D'altronde anche i mandatori godono gli stessi benefici del fideiussore (4). Per ultimo, come alla fideiussione, trovano applicazione anche al mandato qualificato i principii relativi alle restrizioni delle donne.

Quant' è alle differenze, avverto innanzi tutto che l' intero meccanismo del mandato qualificato è diverso da quello della fideiussione e del costituto. Questi cioè sono posteriori o almeno contemporanei alla creazione del debito che stanno a garantire, mentre il mandato qualificato lo precede. Il mandatore adunque non accede solo ad una obbligazione indipendente per se medesima: che anzi il motivo per cui la obbligazione principale nasce o almeno viene continuata sta nel mandato stesso. Perciò egli

(1) L. 71. pr. D. de fidei. 46. 1., L. 4. C. eod. 8. 41.
(2) L. 23. C. eod.
(3) L. ult. C. de const. pec. 4. 18.
(4) Nov. 4 c. 1. — L. ult. C. de const. pec. — L. 13. D. de fidei. 46. 1; Nov. 4 c. 1.

non è obbligato che allorquando l'affare, per cui sta garante, sia stato conchiuso secondo il suo incarico, e il creditore abbia effettivamente patito un danno per la esecuzione del mandato (6). Posto però che il mandato sia stato debitamente eseguito, egli ne risponde in maniera assoluta; e mentre il fideiussore può valersi ordinariamente di tutte le eccezioni che competono al debitore principale, il mandatore invece non può in tesi generale accampare delle eccezioni che gli sono estranee (7). Propriamente non gli è lecito giovarsi se non di quelle che derivano dal pagamento del creditore, o almeno dal fatto che il pagamento non ha potuto verificarsi per colpa del creditore medesimo; chè in questa ipotesi potrebbe pur sempre dire: *qui sua culpa damnum sentit damnum sentire non intelligitur*. L'azione poi che il creditore sperimenta contro l'intercedente è l'*actio mandati contraria*. Ancora, se il mandatore paga, siccome egli paga in forza del mandato e in proprio nome, così questo pagamento non ha punto l'effetto di liberare *ipso jure* il debitore (8). Con ciò si collega che la cessione delle azioni poteva, giusta la sentenza di Papiniano, verificarsi anche *dopo* prestato il pagamento (9), e quindi in una estensione molto maggiore che non nella fideiussione.

C. *Della intercessione delle donne.*

Tit. D. e C. Ad senatusconsultum Velleianum (16, 1 — 4, 29).

Kattenhorn, über Intercession der Frauen. Giessen 1840; **Sintenis**, von der processualischen Natur der Rechtswohlthaten der Frauen in Bezug auf Intercessionen (Sell, Iahrb II, 9); **Hassenpflug**, üb. die fideiussiones in S. C. Velleianum (Kl. Schr. I n. 12); **Weber**, von Bürgschaften der Frauenspersonen u. der Einrede des S. C. Vellei (Klagen u. Einreden n. 3. p. 21 seg.); **Bachofen**, d. velleian. Senatusconsult (ausgew. Lehren des röm. Civilr. Bonn 1848 p. 1 seg.); **Windscheid**, üb. d. Princip d. S. C. Vellei. (Arch. f. civ. Prax. XXXII 12. 13); **Averanius**, an mulier possit renunciare beneficio Velleiani (Interpp. II. 5); **Spangenberg**, üb. mit dem

(5) L. 12 § 12. D. mand. 17. 1.
(6) L. 7 C. de fidei.
(7) L. 13. D. de minor. 4. 4.
(8) L. 28 D. mand.; L. 95. § 10 D. de solut. 46. 3.
(9) cit. L. 28. D. mand; L. 95 § 10 D. de solut.

Ehemanne gemeinschaftl. ausgestellte Schuldverschreibungen der Ehefrauen (Giess. Zeitschr. II. 2); **Hofmann,** Beitr. zur Erläut. der Nov. 134 c. 8 (Ib. XIV. 10); **Alix,** Etude sur le sénatusconsulte Velléien, Par. 1863; **Bouches,** du sénatusconsulte Velléien ou de l'intercession des femmes en droit romain Par. 1864; **Gide,** etude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le sénatusconsulte Velléien Par. 1867; **Vangerow** § 581.

L'antico diritto romano aveva lasciata piena libertà alle donne di intercedere per altri; ma fin dai primi tempi dell'impero questa libertà parve pericolosa e fu ristretta. La donna non conosce ordinariamente la vera importanza degli atti giuridici, tratta gli affari con leggerezza, e facilmente pieghevole per natura, può essere sconsigliatamente indotta a intercedere, massime per il marito, e trascinata così alla propria rovina (1). Queste idee balenarono alla mente di Augusto quando proibì alle donne di far atti d' intercessione pei loro mariti (2); e sotto il medesimo Augusto fu publicata un' altra legge, la *lex Julia de adulteriis*, che dichiarò nullo il consenso dato da una donna alla pegnorazione del fondo dotale (3). I principii, che valgono in diritto romano intorno alla intercessione delle donne, traggono appunto cominciamento da questi due provvedimenti di Augusto. Poco appresso la legge Claudia abolì la tutela delle donne (4), e fu trovato opportuno di aiutarle anche più. Un celebre senatoconsulto, il senatoconsulto Velleiano, publicato sotto il medesimo Claudio, accordò una valida *exceptio* ad ogni donna che avesse interceduto; ma è da notare che l' intercessione stessa non fu dichiarata nulla fin dalle prime (5). Soltanto Giustiniano venne ancora maggiormente in soccorso della debolezza del sesso, per cui le intercessioni delle donne divennero in non pochi casi direttamente nulle (6). È mestieri adunque distinguere la inefficacia indiretta della intercessione in forza del senatoconsulto Velleiano e quella diretta della legislazione giustinianea.

1. Il beneficio del senatoconsulto Velleiano trova applicazione a tutte le donne, coniugate o no, che si obbligano per un altro,

(1) L. 1 § 1. L. 2. § 2. D. h. t.
(2) L. 2. pr. D. h. t.
(3) pr. I. quib. alien. lic. 2. 8; cf. Gai. 2. 63.
(4) Gai. 1, 157. 171; Ulp. 11, 8.
(5) L. 2. § 1. D. h. t.
(6) L. 23 C. h. t.; Nov. 134 c. 8.

che intercedono insomma; come pure, perchè *rei cohaerens*, agli eredi della donna (7), e a quelle persone, le quali hanno garantita la di lei promessa (8), o interceduto per incarico di lei, purchè il creditore abbia avuto contezza di questo incarico (9).

Parimenti è applicabile a tutte le intercessioni, qualunque ne sia la forma, sebbene, a vero dire, il senatoconsulto non parli che di *fidejussiones et mutui dationes pro aliis* (10). In specialità, ne troviamo fatta applicazione, come a queste, così alle espromissioni (11), alle intervenzioni (12), all'assunzione di una obbligazione correale (13), al costituto di debito altrui (14), al mandato qualificato (15) e alla pegnorazione per altri (16).

Del resto, come avvertii, il senatoconsulto non rende nullo il negozio, ma accorda una eccezione, la *exceptio senatusconsulti Velleiani* (17), che può venire opposta in qualunque stato di atti, perfino dopo la sentenza (18); e non solamente elide l'azione, ma rende assolutamente inefficace la obbligazione della donna, distruggendone perfino l'elemento naturale, perchè introdotta in favore del debitore (19). Che se la donna avesse erroneamente pagato in forza della intercessione, essa in questa ipotesi aveva facoltà di ripetere il pagato mediante la *condictio indebiti*, quand'anche versasse in un errore di diritto (20).

L'applicazione del senatoconsulto Velleiano era naturalmente immune da ingiustizia nelle intercessioni cumulative, cioè quando la donna aggiungeva la sua obbligazione a quella di un altro,

---

(7) L. 7. 20 C. h. t.

(8) L. 16 § 1 D. h. t.; L. 14 C. eod.; L. 7 § 1. D. de exc. 44. 1. L. 2. D. quae res pign. 20. 3.

(9) L. 6. 7. 30 § 1. L. 32 § 3 D. h. t.; L. 15. C. eod.

(10) L. 2 § 1. D. h. t.

(11) L. 8 § 8. D. h. t.; L. 4 C. eod.

(12) L. 8. § 14. D. h. t.; L. 4. C. eod.

(13) L. 17 § 2 D. h. t.; L. 4 C. eod.

(14) L. 1. § 1. D. de pec. const. 13. 5.

(15) L. 6. 7. D. h. t.

(16) L. 5. 7. C. h. t.

(17) L. 25 § 1. D. h. t.

(18) L. 11 D. de S. C. Mac. 14. 6.

(19) L. 40 pr. D. de cond. indeb. 12. 6.

(20) L. 9. C. h. t.

perocchè rimanesse al creditore la obbligazione del debitore principale; ma ciò che vale delle intercessioni cumulative non regge ugualmente per le intercessioni privative.

Nel caso della espromissione, per cui, come sappiamo, l'intercedente libera il vero debitore, e il creditore rinuncia ai suoi diritti contro di lui, accettando come unico debitore chi intercede, il senatoconsulto avrebbe prodotto una conseguenza iniqua, perocchè il creditore potesse così, grazie alla eccezione di esso senatoconsulto, perdere la sua intera obbligazione. Parve dunque necessario di apprestarvi rimedio, e fu stabilito che il creditore dovesse riavere *ipso jure* la sua antica azione senza bisogno della restituzione in intero. L'azione stessa assumeva in questo caso il nome di *restitutoria* o *rescissoria* (21); ed era esperibile non pure contro il debitore in cui favore la donna aveva interceduto, ma eziandio contro i *correi debendi* e contro i debitori accessori (22); nè altrimenti restavano obbligate al creditore anche le cose che gli erano state costituite in pegno pel debito originario (23).

Nell'altro caso di intercessione privativa, in quello cioè della intervenzione, se la donna aveva interceduto direttamente in favore di un terzo per impedire che egli si obbligasse, la legge non poteva certamente accordare una azione restitutoria al creditore, non potendosi restituire quello che per anche non esiste; ma viene nondimeno in suo soccorso. Precisamente gli dà contro colui, che senza la intervenzione sarebbe divenuto debitore, quella medesima azione che aveva contro la donna (24); e i moderni in questo caso la chiamano *institutoria actio*.

Eccezionalmente non giova il senatoconsulto alla donna:

a. quando essa abbia interceduto in vista del proprio interesse e non già nell'interesse del debitore o del creditore (25);

---

(21) L. 1. § 2. L. 8 § 7—9; L. 13. § 2 D. h. t. ;L. 16. C. eod.

(22) L. 14. 20. D. h. t.

(23) L. 13 § 1. D. h. t.

(24) L. 8. § 14 D. h. t.

(25) L. 13 pr. L. 27 § 2. D. h. t.; L. 6 pr. C. h. t.; L. 23. pr. C. h. t. — L. 3. L 13 pr. L. 17 § 2. L. 19. § 3. L. 22. 25 § 1. L. 27. § 2. D. h. t.; L. 2. 6. pr. C. h. t.

b. quando abbia interceduto *animo donandi*, cioè colla intenzione di esercitare una liberalità (26);

c. quando in onta alla intercessione non ne venga diminuito il patrimonio (27);

d. quando abbia interceduto con lo scopo d' ingannare il creditore (28);

e. quando questi era minorenne (29), o

f. versava in un errore scusabile circa la esistenza della intercessione (30);

g. quando la donna fosse diventata erede del debitore principale (31).

Tutte codeste eccezioni erano ammesse anche prima di Giustiniano: egli però ne aggiunse delle altre; per cui fu tolta alla donna la facoltà di prevalersi del beneficio del senatoconsulto

h. anche quando reiterava la intercessione dopo due anni, purchè al momento della rinnovazione fosse maggiore (32), o

i. intercedeva per manomettere un servo (33), o

k. per costituire una dote (34).

Invece la semplice rinuncia della donna era priva di efficacia, salvo in alcune circostanze affatto singolari (35).

2. In alcuni casi però le intercessioni delle donne furono per Giustiniano dichiarate nulle *ipso jure*, e noi dobbiamo considerare più particolarmente questa loro inefficacia diretta del nuovo diritto.

Giustiniano ordinò che ogni intercessione di donna, che non fosse fatta mediante un publico documento firmato da tre testimoni degni di fede debba essere nulla e come non avvenuta.

---

(26) L. 4. § 1. L. 8. § 5. L. 21. § 1 D. h. t.

(27) L. 16 pr. L. 21 pr. D. h. t.

(28) L. 2 § 3. L. 23. 30 D. h. t.; L. 5. 18 C. h. t.

(29) L. 12. D. de minor. 4. 4.

(30) L. 12. 17 § 1. D. h. t.; L. 1 C. h. t.

(31) L. 8. § 13 D. h. t.; L. 95 § 2 D. de solut. 46. 3.

(32) L. 22 C. h. t.; Nov. 61 c. 1. § 1.

(33) L. 24 C. h. t.

(34) L. 12 L. ult. C. h. t.

(35) L. 32 § 4. D. h. t.; L. ult. C. quando mulier tutelae 5. 35; Nov. 118. c. 5.

Questo è il beneficio *ex lege* 23 *C. ad senatusconsultum Velleianum*. La donna però, la quale intercedeva nella forma prescritta, non era per anche assolutamente obbligata, ma, come prima, poteva opporre la *exceptio senatusconsulti Velleiani* alla domanda diretta contro di lei ed intesa a forzarla all'adempimento della obbligazione contratta.

Fu peraltro controverso sempre fino dai tempi dei glossatori, se nei casi eccezionali del senatoconsulto la donna sia efficacemente obbligata anche per diritto giustinianeo, persino nel caso che la intercessione di lei non fosse stata fatta col mezzo di publico strumento.

Ciò si ritenne da molti: tale era principalmente la opinione di Bulgaro e tale fu a lungo la teoria dominante. Martino invece sostenne, che la donna non poteva essere obbligata mai, neppure in quei casi eccezionali, qualora la intercessione non fosse stata consegnata nella forma prescritta, salvo se il creditore poteva somministrare la prova ch'essa avea ricevuto qualche cosa per intercedere, ovverosia coll'unica eccezione del caso particolare deciso da Giustiniano. La quale opinione di Martino, negletta a lungo, tien oggi il campo, e a ragione, ove si prenda a considerare la costituzione giustinianea senza idee preconcette. Questa interpretazione corrisponde perfettamente non solo alle parole della legge, ma anche alla ragione addotta dal legislatore: *ne mulieres perperam se se pro aliis interponant*.

Per ultimo una novella di Giustiniano, richiamando in vita l'antico editto di Augusto, dichiarò nulla la intercessione della donna per suo marito, qualunque ne fosse la forma. Tale è il beneficio *ex authentica si qua mulier;* che non patisce eccezioni se non pel caso che la donna ne avesse risentito un vantaggio (36). In questa ipotesi eccezionale la intercessione voleva essere considerata come valida, purchè fatta con documento publico sottoscritto da tre testimoni: fuori di questo caso era nulla *ipso jure*.

---

(36) Nov. 134 c. 8.

3. Della successione nelle obbligazioni.

A. *Principii generali.*

Parlando della successione nelle obbligazioni è d'uopo distinguere la successione universale dalla singolare.

I. Tanto è certo, che l'erede succede nell'*universum jus defuncti*; e quindi non solo nei diritti reali, ma eziandio nelle obbligazioni del defunto, e non pure nei crediti ma anche nei debiti. Le obbligazioni adunque possono venir trasmesse da uno all'altro per mezzo della successione universale. Tale è la regola: ma come ogni regola patisce le sue eccezioni, così questa. Anche tra' diritti reali ve n'ha qualcuno, p. e. l'usufrutto, che non è trasmissibile agli eredi; e così in fatto di obbligazioni, trovo che non è lecito agli eredi sperimentare certe azioni personali, che pur avrebbero potuto sperimentarsi dal defunto; mentre dall'altro canto v'ha delle azioni, le quali non sono esperibili contro gli eredi, come vedremo più ampiamente parlando della estinzione delle obbligazioni per morte di una delle parti.

II. Quant'è alla successione singolare, vale generalmente la massima, che le obbligazioni non possono venir trasmesse da uno all'altro con questo mezzo (1). Nondimeno v'hanno dei casi, in cui un rapporto obbligatorio è talmente collegato con un diritto reale da passare in colui, il quale succede in questo diritto, quand'anche la successione fosse singolare. Tale sarebbe a cagion d'esempio il caso col pegno. Oltrecciò è pur sempre possibile di ottenere un risultato analogo a quello della successione singolare, e in più modi.

1. Innanzi tutto colla novazione. Un terzo cioè può contrarre una obbligazione affatto identica alla mia col mio creditore, e stabilire con esso lui che questa sua obbligazione abbia a sottentrare in luogo della mia. In questo caso cessa veramente l'antica obbligazione e ne nasce un'altra pel nuovo debitore: ma nondimeno l'effetto di questa trasformazione è uguale a quello della successione. Nè altrimenti si può ottenere questo

(1) Gai. 2, 38. 39.

effetto quando si tratti di un credito; perchè mediante la novazione può venir mutata tanto la persona del debitore quanto quella del creditore (2): anche in questa ipotesi non vi avrà una successione nel vero senso della parola, ma nondimeno il resultato ne sarà il medesimo.

2. Trattandosi di crediti, si può ottenere questo risultato anche senza bisogno di distruggere la primitiva obbligazione. Ciò si verifica quando, pur rimanendo la obbligazione all'antico creditore, ne vengono a un altro assegnati i vantaggi: e può farsi tanto dal creditore medesimo quanto eziandio in base alla legge.

A. Vi hanno casi cioè in cui la legge trasmette immediatamente dal creditore ad altra persona l'esercizio di un credito, accordandole il diritto di esigere la obbligazione che spetta al creditore, senza che sia punto necessaria la mediazione di costui. Il creditore pignoratizio p. e. il quale esercita il suo *jus offerendi* in confronto di un altro creditore pignoratizio, ottiene *ipso jure* il diritto di esigere il credito di lui.

B. Più frequentemente accadrà questa trasmissione per opera del creditore medesimo, e in varia maniera. Il creditore può dare commissione al debitore di non pagare a lui, ma ad altra persona, alla quale ha destinato il vantaggio del credito, e dare facoltà a quest'ultima di ricevere il pagamento. Tale è il caso della assegnazione: ma è d'uopo avvertire che dipende dal beneplacito del debitore di accettare o no la commissione. Per conseguire il medesimo intento senza dipendere dalla volontà del debitore, il creditore dovrà battere un'altra via: dovrà trasmettere a quella terza persona il diritto di esercizio, segnatamente il diritto di esigere mediante azione il suo credito (3). La trasmissione in questo senso dicesi cessione del credito, e vuol essere accuratamente distinta dalla successione singolare, quantunque il resultato, come dicemmo, ne sia analogo. Intorno a questo rapporto è d'uopo ci fermiamo più di proposito.

---

(2) Gai. 2, 38.
(3) Gai. 2, 39.

B. *Della cessione dei crediti.*

Mühlenbruch, die Lehre v. der Cession der Forderungsrechte 3. ed. Greifsw. 1836. **Puchta** nel Rechtslexic. di Weiske II e nelle sue civ. Abhandl. n. 27. **Schmid,** die Grundlehren der Cession nach R. R. 2 v. Brunsw. 1863. 66. — **Schliemann,** die Haftung des Cedenten 2 ed. Rostock 1860. **Souchay,** üb. d. Nat. der auf jeden Inhaber lautenden Verschreibungen (Arch. f. civ. Prax. x. 5). **Francke,** üb. die dem Cessionar aus d. Person des Cedenten entgegenstehenden Einreden (Ib. XVI. 15). **Gesterding,** vom Uebergange der Nebenrechte bei veräusserten persönl. Forderungen (Ausbeute n. 11, 1); von der Veräusserlichkeit dinglicher Ansprüche (Ib. n. 11. 3); e von der Abtretung der Pfandr. od. der actio hyp. insbesondere (Ib. n. 11, 4). **Arnold,** zur Lehre v. der Cession (pract Erörterung. aus dem Rechtsgeb. Erl. 1844 n 7 p. 149-152). **Knorr,** kann ein jüngerer Cessionar einem älteren dadurch zuvorkommen, dass er dem abgetretenen Schuldner zuerst die Anzeige v. der 'geschehenen Cession macht? (Arch. f. civ. Prax. 42). **Bähr,** zur Cessionslehre (Iahrb. f. die Dogm. des röm. u. deutschen Privatr. 1). **Musset,** Beiträge zur Lehre üb Rechtsgrund u. Wesen der Denunciation des Cessionars an den Schuldner (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. 12). **Gesterding,** Cessio in potentiorem (Irrth. n. 12, 2). **Reinoldus,** ad legem Anastasianam 22 C. mand. (Opusc. p. 191 seg. p. 297 seg.). **Seuffert,** zur Lehre v. d. Lex Anastasiana (Arch. f. civ. Prax. XI, 16, 5). **Arnold,** üb. Anwendung der Lex Anastas. auf den Cessionar des Cessionars (pract. Erörter. puntata I n. 8 p. 153 seg.), **Herrmann,** Bemerk. üb. d. Lex Anastasiana (Arch. f. civ. Prax. 31). **Burchardi,** Beweilast in Betreff der Lex Anastas. (Ib. 18, 8). **Brackenhöft,** inwiefern ist das Berufen auf die Lex Anastas. eine Einrede (Ib. 23, 6). — **Vangerow,** § 574. 575. 576.

I. L'idea della cessione delle azioni fu suggerita ai Romani dal bisogno pratico di rendere possibile la commerciabilità dei diritti emergenti da un rapporto obbligatorio senza il concorso della volontà del debitore; nè vi mancò l'adentellato, perchè la rappresentazione processuale vi appianò la strada.

Introdotto cioè il processo per formule non fu più assolutamente necessario che la parte lo conducesse in persona, potendo essa farsi rappresentare da un procuratore. La *intentio* in questa ipotesi portava bensì il nome del creditore originario, ma la condanna era concepita in nome del procuratore (1), e la nuova obbligazione, nata in forza della contestazione della lite, non era fondata che per la persona del procuratore, il quale cessando di essere *domini loco,* diventava *dominus litis* (2). Per la qual cosa le cauzioni necessarie nella procedura dovevano essere fornite da lui; e a lui competeva l'*actio judicati* quando

(1) Gai. 4, 86.
(2) L. 4. f. D. de apell. 49. 1; L. 22. 23 C. de procur. 2. 13.

era attore, come la medesima azione poteva essere intentata contro di lui nel caso inverso.

Appunto cotesto istituto doveva prestarsi e fu adoprato qual mezzo di libero commercio dei crediti. Bastava a tal uopo, che il creditore costituisse col mezzo di un *mandatum agendi* suo procuratore processuale colui, al quale voleva cedere i suoi diritti, rinunciando insieme ai rimedi, che avrebbe avuto per legge contro un procuratore ordinario affine di paralizzarne il *dominium litis.* Cosi sorse l'idea di un *procurator in rem suam,* che doveva conciliare mirabilmente il bisogno della libera commerciabilità dei crediti colla impossibilità di una successione singolare inerente al carattere del rapporto obbligatorio. In pari tempo non era menomamente pregiudicata la libertà individuale del debitore.

Nondimeno la cessione in questa forma aveva pur sempre un certo carattere di precarietà pel cessionario. La posizione di lui non diventava propriamente indipendente che colla contestazione della lite e col *dominium litis* che n'era la conseguenza; ma fino a quell'istante il suo diritto poteva andare incontro a qualche pericolo. Basterà avvertire che non solo era facile che spirasse il mandato, verbigrazia per la morte di lui o del mandante, ma era anche lecito a questi di esigere personalmente il suo credito ed escludere così il cessionario. Non farà dunque meraviglia che la legge venisse in suo soccorso. Infatti per assecurarlo da ogni lesione del cedente prima ancora della contestazione della lite, essa gli accordò la denunciazione, ovverosia il diritto di darne avviso al debitore subito dopo accaduta la cessione, e tolse a questi la possibilità di mettersi d'accordo col cedente in danno di lui (3). In pari tempo gli venne somministrata una *utilis actio* pel caso che il mandato fosse spirato prima della contestazione della lite (4). E come fatto un passo è facile farne un altro, così a poco a poco le azioni utili trovarono applicazione anche allorquando taluno si fosse bensì obbligato con un negozio giuridico a cedere un credito, ma non avesse per anche costituito procuratore *in rem suam* l' altro

(3) L. 3 C. de novat. 8. 42; L. 4. C. quae res pignori 8. 17.
(4) L. 1. C. de O. et A. 4. 10; L. 33 C. de donat. 8. 54.

contraente. A quanto pare fu primo Antonino Pio a concedere siffatte azioni al compratore di una eredità (5), e vennero estese poi analogamente ad altri negozi giuridici, in ispecie alla *venditio nominis* (6), o quando un credito era dato in dote (7), o in luogo di pagamento (8), o lasciato a titolo di legato (9): sicchè ritengo per fermo che ciò valga in diritto giustinianeo di tutti i negozi giuridici, coi quali si mira a trasmettere un credito. Ma non basta: perchè delle azioni utili occorrono altresì nei casi della *cessio legis*, in cui un negozio giuridico tendente à trasmettere un credito non è nemmeno conchiuso, ma la trasmissione di esso si verifica immediatamente grazie al disposto della legge. Ad ogni modo sia che il cessionario abbia veramente il carattere di un *procurator in rem suam*, o sperimenti una azione utile in una delle funzioni preaccennate, la sua posizione giuridica in confronto del *debitor cessus* è sempre la medesima. Lo scopo delle azioni utili è appunto di procacciargli la identica posizione come se il cedente gli avesse demandate le azioni, e lo avesse fatto per conseguenza vero *procurator in rem suam*.

Dal detto ne segue che nella cessione dei crediti vogliansi distinguere due lati essenzialmente diversi. Il cessionario anche secondo il nuovissimo diritto non è che un procuratore in confronto del debitore ceduto: egli esige sempre una obbligazione altrui. In quella vece gli compete secondo il nuovo diritto una posizione indipendente in confronto del cedente, e può riguardarsi come vero successore di lui. Ambi i lati di cotesto rapporto sono espressi in modo molto saliente dalla locuzione tecnica: *procurator in rem suam*. Il cessionario è un procuratore in confronto del debitore, e *in rem suam* in confronto del cedente. In una parola: havvi una cessione quando taluno, grazie a un negozio giuridico o in base alla legge, ha ottenuto il diritto indipendente di esercitare un credito altrui in proprio vantaggio.

(5) L. 16 pr. D. de pact; 2. 14.
(6) L. 8 C. de hered. vel act. vend. 4. 39: L. 1. C. de O. et A. 4. 10.
(7) L. 2 C. de O. et A.
(8) L. 5 C. quando fiscus 4. 15.
(9) L. 18 C. de legat. 6. 37.

II. Esaminiamone le condizioni.

1. Innanzi tutto è d'uopo che il credito sia cedibile: al qual proposito noto la regola generale, che tutti i crediti possono venir ceduti; e quindi: tanto quelli derivanti da convenzione come quelli derivanti da delitto (10), le obbligazioni naturali al pari delle civili (11), le obbligazioni presenti e quelle future, segnatamente se condizionate (12), le obbligazioni determinate individualmente non altrimenti delle alternative (13): nè importa che il credito abbia o no il suo fondamento in un rapporto giuridico, il quale per se medesimo sia capace di cessione; laonde anche una obbligazione proveniente da un *jus singulare* o *privilegium*, p. e. l'*auxilium in integrum restitutionis*, è cedibile al pari di qualunque altra (14). Nè questa cedibilità generale dei crediti dee far meraviglia per poco si pensi non essere la cessione che una procura in confronto del debitore ceduto. Soltanto in via di eccezione era limitata la cedibilità dei crediti in alcuni casi, parte per principii generali e parte per singolari disposizioni di legge.

Io ricordo primieramente le limitazioni più generali che derivano dalla natura stessa della cosa.

Si intende da sè che i crediti i quali non formano parte del nostro patrimonio non possono neppure essere obbietto di cessione; per il che non sono cedibili nè le azioni popolari, nè quelle spiranti vendetta, perchè prima della contestazione della lite non sono in *bonis nostris* (15) e dopo la contestazione non possono venir cedute, essendo azioni litigiose. — Altri crediti non comportano cessione, sebbene facciano parte del nostro patrimonio, perchè colla prestazione ad altra persona ne verrebbe mutato totalmente il tenore: ciò si verifica di frequente colla

(10) L. 7. § 1. D. de commod. 13. 6; L. 35. § 4. D. de contr. emt. 18. 1; L 31 pr. D. de act. emt. vend. 19. 1; L. 38 § 1 D. de solut. 46. 3; L. 14. pr. L. 80 f. D. de furt. 47. 2.

(11) Arg. L. 40. L. 64. pr. D. ad S. C. Treb. 36. 1; L. 17 D. de hered. vel act. vend. 18. 4; L. 40 § 3. D. de cond. et dem. 35. 1.

(12) L. 3 C. de donat; L. 17 D. de hered. vel act. vend.

(13) L. 75 §. 3 D. de legat. I.

(14) L. 24 pr. D. de minor. 4. 4.

(15) L. 7 § 1 D. de popul. act. 47. 23; L. 12 pr. D. de V. S — L. 28. D. de injur. 47. 10; L. 32 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2.

prestazione di opere (16), colle pretese di alimentazione, colla pretesa di costituire una servitù personale ecc. — Parimenti vi ha dei diritti a esigere i quali si suppone una particolare qualità nella persona del creditore che non è trasmissibile in altri, p. es. le azioni di retratto, e anche coteste non possono venir cedute. — Infine non è lecito cedere delle pretese meramente accessorie senza cedere insieme il diritto principale; di maniera che non sarebbe cedibile per es. l'azione contro il fideiussore separata dall'azione contro il debitore principale.

Altre limitazioni hanno un carattere speciale e positivo, e furono introdotte segnatamente per impedire che ne venga peggiorata la condizione del debitore. Onorio e Teodosio vietarono la cessione *in potentiorem*, cioè a persona, la quale pel suo potere, per la sua posizione sociale potrebbe riescire un avversario più oneroso o pericoloso pel debitore ceduto (17). — Per simile il divieto di cedere cose litigiose venne esteso alla cessione di crediti litigiosi, ad eccezione di alcuni casi, pei quali non campeggia il sospetto di una lesione del debitore (18). — Ancora, Giustiniano proibì ai tutori e curatori di accettare la cessione di azioni esperibili contro i loro pupilli e sottoposti (19).

2. Un secondo requisito necessario ad ogni cessione è una *justa causa praecedens*, e per tal riguardò distinguiamo la cessione volontaria dalla necessaria. In altri termini: essa può avere per fondamento un negozio giuridico conchiuso tra il cedente e il cessionario, verbigrazia una compera, una donazione, una transazione ecc.; e in tale ipotesi trovano applicazione le norme di questo particolare negozio. Il creditore però può eziandio essere costretto per legge a cedere ad altri il suo credito; e questi casi in cui si verifica una *cessio legis* sono i seguenti: Chi per stretto diritto deve pagare un debito che non è punto suo o lo è solo in parte, può esigere dal creditore la cessione delle azioni (20). — Chi ha l'obbligo di risarcire le cose smarrite

(16) cf. L. 9 § 1. D. de oper. libert. 38. 1.
(17) L. 2. C. nè liceat potentior. 2. 14.
(18) L. 2 — 4 C. de litig. 8. 37.
(19) Nov. 72 c. 5.
(20) L. 47 D. locati 19. 2; L. 19 D. qui potior in pign. 20. 4; L. 1 §. 13.

o danneggiate può domandare alla sua volta la cessione delle azioni che riguardano queste cose (21). — Venendo contratto un credito a mezzo di un libero rappresentante, questi può essere costretto coll'*actio mandati* o colla *negotiorum gestorum actio* a cedere le azioni (22). — Parimenti verificandosi il caso di un *legatum nominis*, l'erede ha l'obbligo di cederne le azioni al legatario (23). — Chi è tenuto alla prestazione di una cosa, lo è altresì alla cessione dei crediti che la concernono; per cui a cagion d'esempio il venditore deve cedere al compratore l'azione del furto o della rapina o l'*actio legis Aquiliae* (24), e l'erede cederà al legatario la medesima azione della legge Aquilia quando la cosa legata sia stata danneggiata prima della adizione della eredità (25). — Infine chi è tenuto a cedere un credito deve anche cedere tutti i diritti che vi si riferiscono, p. e. quello della restituzione in intero (26), e tutti i diritti accessori introdotti a securtà del debito principale (27).

3. A compiere la cessione fù anche necessario in origine che l'atto della medesima avesse effettivamente luogo, e come sappiamo, consisteva nel mandato. Solo il mandato dava diritto al cessionario di sperimentare l'azione contro il debitore ceduto: ma già dissi come per le grandi imperfezioni inerenti al detto istituto la dottrina e la legge accordassero le azioni utili al cessionario in cambio dell'*actio mandati*. Dal momento che questa non parve più necessaria, anche il mandato perdette la sua importanza e venne sottinteso. Del rimanente, il ripeto, l'azione utile non altera punto il rapporto giuridico della cessione: essa non è che un surrogato dell'*actio mandati*, e i medesimi principii occorrono sì per l'una e sì per l'altra.

---

18. D. de tut. et rat. distr. 27. 3; L. 17. 41. § 1. D. de fidei. 46. 1; L. 95 §. 10 D. de solut. 46. 3.

(21) L. 6 § 4 D. naut. caup. 4. 9; L. 3 § 1. D. de trib. act. 14. 4; L. 25. f. D. loc. 19. 2; L. 12 D. de re judic. 42. 1; L. 53 § 3 D. de furt. 47. 2.

(22) L. 8 § ult. L. 10. § 1. L. 27. § 5. D. mand. 17. 1.

(23) L. 44 § 6. L. 75 § 3. L. 76. 82. § 5. L. 105 D. de legat. I.

(24) L. 1 pr. L. 13 § 12. D. de A. E. V. 19. 1; L. 14 pr. D. de furt.

(25) L. 15 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

(26) L. 24 pr. D. de minor. 4. 4.

(27) L. 14 pr. L. 23. D. de hered vel act. vend. 18. 4.

III. La cessione opera degli effetti diversi secondo le relazioni del cedente col cessionario, del cedente col debitore ceduto e del cessionario col debitore ceduto.

1. Ciò che regola le relazioni del cedente col cessionario non è il mandato, ma la *justa causa praecedens.* Se questa è una compera, il cessionario è risguardato come un compratore; se è una donazione, sarà risguardato come un donatario e va dicendo, ma non mai come un procuratore. Quinci è manifesto che non può dirsi in tesi generale se il cedente abbia l'obbligo di prestare per l'evizione. Ciò dipende dalla causa stessa della cessione nel caso concreto. Posto però che questa causa gliene imponga l'obbligo, p. e. ove si trattasse di una compera, e in generale se la cessione fosse fatta a titolo oneroso, egli dovrebbe garantire bensì la esistenza del credito, *nomen verum*, ma non anche la solventezza del debitore, *nomen bonum*, ammenochè non avesse ceduto il credito con dolo, sapendo che il debitore era insolvente (28). In quella vece se la cessione è fatta a titolo gratuito, o si tratta di una cessione non volontaria ma necessaria, il cedente non è nemmeno obbligato a garantire la esistenza del credito (29). Ad ogni modo s'intende, che se il debitore gli paga il debito, egli incorre nell'obbligo di trasmettere al cessionario quello che gli fù pagato (30).

2. Nel determinare le relazioni del cedente col debitore ceduto è mestieri prendere le mosse dal principio, che il cedente malgrado la cessione rimane creditore del debitore ceduto; per il che egli può esigere e questi può fargli il pagamento (31), e conchiudere una convenzione con essolui, p. e. un patto di non chiedere, che lo liberi completamente dal debito. Non è a dire però quanto la posizione del cessionario sarebbe in tal guisa precaria, e ci parrà naturale che la legge avvisasse a qualche rimedio per mettere il diritto di lui al coperto dalla volontà del debitore ceduto. Appunto a tal uopo venne introdotta la

(28) L. 4. 5 D. de hered. vel act. vend; L. 30 D. de pign. 20. 1.
(29) L. 31 D. de act. emt 19. 1. — L. 18 § 3. D. de don. 39. 5.
(30) L. 23. § 1. D. de hered. vel act. vend.
(31) L. 4 C. quae res pignori 8. 17. — L. 3 C. mand. 4. 35; L. 3. C. de novat. 8. 42.

notificazione. Il cessionario ha il diritto di notificare la cessione al debitore ceduto; e da questo momento nè il cedente può chiedere il pagamento del debito, nè il debitore ceduto può pagarlo al cedente. Il cedente il quale si facesse a domandare il pagamento al debitore ceduto sarebbe respinto con la *exceptio doli* (32); mentre il debitore ceduto, il quale pagasse, potrebbe venir sempre escusso dal cessionario (33). Nè occorre, almeno secondo il nuovo diritto, che questa notificazione sia stata fatta in una forma piuttosto che nell'altra, e basterebbe persino che il cessionario avesse già intentata l'azione, per costringere il debitore ceduto al pagamento (34). Si disputa però se la notizia della avvenuta cessione fatta dal cedente abbia uguale effetto che la notizia fatta dal cessionario: ma, sebbene le fonti non facciano parola di ciò, egli mi pare così consentaneo all'indole della cosa da non abbisognare di esser detto. È anche questione se la notizia dell'avvenuta cessione, giunta in altro modo alle orecchie del debitore ceduto, valga a mutare ugualmente le sue relazioni col cedente. Io suppongo ch'egli abbia una piena certezza della cessione, e dico che ove pagasse al cedente, si esporrebbe alle medesime conseguenze come se la cessione gli fosse stata debitamente notificata: il cessionario cioè potrebbe sorgere contro di lui *ex capite doli* ed esigere un novello pagamento (35).

3. Per ultimo ciò che regola le relazioni del cessionario col debitore ceduto è il principio, che il cessionario non è successore, ma solo procuratore: non esercita un diritto proprio, ma un diritto altrui; e d'altronde egli esercita cotesto diritto in suo vantaggio, e la lite che egli fa al debitore ceduto è sua propria. Ove si tenga fermo ciò, non sarà diffficile risolvere due questioni molto dibattute intorno alle eccezioni che competono al debitore ceduto, e intorno ai privilegi che si possono accampare dal cessionario.

Non essendo il cessionario che un semplice procuratore altrui per vantaggio proprio, quinci ne segue, che il debitore può opporre anche a lui tutte le eccezioni che avrebbe potuto op-

(32) L. 3 C. de novat.; L. 18 pr. D. de P. A. 13. 7.
(33) L. 4 C. quae res pignori 8. 17.
(34) L. 3 C. de novat; L. 4 C. quae res pignori.
(35) Arg. L. ult. D. de transact. 2. 15.

porre al cedente qualora la cessione non si fosse verificata; vale a dire tanto le eccezioni *rei cohaerentes*, quanto le eccezioni personali. D' altra parte non ammettiamo cotesto principio che con una doppia modificazione suggeritaci dalla natura medesima della cosa. Quelle eccezioni affatto processuali, che il debitore avrebbe potuto opporre al cedente se questi avesse condotto il processo in persona, non possono punto nuocere al cessionario se il fondamento di esse non si verifica anche nella persona di lui. Non dimentichiamo cioè che il cessionario è bensì un procuratore altrui, ma per vantaggio proprio, e se esige il diritto d'altri, conduce però il processo in proprio nome: ecco perchè il debitore ceduto non può opporgli delle eccezioni affatto processuali tolte alla persona del cedente. La seconda modificazione occorre quando il motivo della eccezione è posteriore alla cessione. Anche queste eccezioni, nate dopo essere stata la cessione notificata al debitore ceduto, non possono menomamente nuocere al cessionario, perchè il debitore, come non potrebbe più liberarsi pagando il debito al cedente, nol può neppure col mezzo di altre negoziazioni fatte con esso lui.

Per gli stessi principii tutti i privilegi o benefici di legge, che il cedente avrebbe avuto, spettano al cessionario, senza distinguere se sieno *privilegia causae* o *privilegia personae*, ovverosia privilegi relativi al credito stesso o alla persona del creditore (36). Nondimeno vanno eccettuati due casi. Innanzi tutto quei privilegi del cedente che sono affatto processuali; perchè il cessionario conduce il processo in nome proprio: oltrecciò quei *privilegia personae* che non si trovano per anche collegati col credito ceduto; perchè non è già il privilegio per se medesimo che vien trasferito nel cessionario, ma il diritto concreto già fondato effettivamente pel cedente in forza di esso beneficio. Per converso il cessionario, siccome è un semplice procuratore del cedente, non può neppure prevalersi dei privilegi che sono inerenti alla sua persona. Tale è la regola: d'altronde avvertii già a più riprese, che egli esercita bensì un diritto altrui, ma lo esercita a vantaggio proprio; ed ecco il motivo che, mentre non potrebbe usare di un privilegio proprio

(36) L. 2 pr. L. 6. D. de hered. vel act. vend. 18. 4; L. 3 C. eod. 4. 39.

che alterasse il tenore e la estensione della obbligazione, egli conserva peraltro tutti i privilegi che occorrono unicamente nell'esercizio di quel diritto altrui, e quindi i privilegi affatto processuali.

IV. Resta che consideriamo ancora un punto. Sotto gli imperatori il traffico delle obbligazioni era diventato un mestiere molto lucroso e facilmente potevano risultarne degli abusi. Per impedire che uomini avidi di guadagno speculassero sulla compera dei crediti, ottenendoli a vil prezzo, e per difendere i debitori dalle vessazioni dei redentori di liti, l'imperatore Anastasio ordinò, che, venendo comperato un credito, il cessionario non possa esigere dal debitore ceduto una somma maggiore di quella ch'egli avea dato al cedente (37). La legge stessa fu detta *Lex Anastasiana* in onore dello imperatore che la publicò: ma appunto perchè lo scopo di Anastasio era d'impedire il turpe mercato dei redentori di liti, così la legge non è applicabile nè alla cessione dei crediti verificatasi tra coeredi o collegatari all'effetto di aggiustarsi nella divisione dell'eredità o del legato; nè quando la cessione fosse fatta in pagamento di un credito; e nè tampoco se lo scopo di essa era di assecurare il possesso, p. e. se il possessore di una cosa pegnorata stralcia col creditore pignoratizio facendosi cedere il credito per una somma di denaro. Ma lasciamo le eccezioni. Generalmente ogni qual volta si tratti della compera di una obbligazione diretta a una somma di pecunia, se il prezzo di compera è minore del valor nominale della obbligazione medesima, la differenza tra la somma pagata e il valore del credito profitta sempre al debitore ceduto. In altri termini: il debitore convenuto pel pagamento di una somma maggiore poteva difendersi colla eccezione della legge Anastasiana, e ridurre così la domanda del cessionario al prezzo effettivamente pagato.

Qui però si presenta spontanea una questione molto importante. Se il debitore oppone, che il cessionario ha dato meno di quello che esige da lui, è questa veramente una eccezione, o non anzi una contestazione negativa della lite? In altri termini: chi deve assumere l'onere della prova? il debitore ceduto

(37) L. 22. C. mandati vel contra 4. 35.

o il cessionario? L'opinione che domina oggigiorno è che incomba al cessionario di provare che ha veramente pagata la somma che esige. E per fermo: se il cessionario, come avverte espressamente Anastasio, non ha una azione se non per quello ch'egli medesimo ha pagato, *usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur*, la sua dimanda contiene implicitamente l'asserzione di aver dato appunto al cedente quella medesima somma che ora esige dal debitore ceduto. Basta adunque che questi neghi per costringerlo a produrre la prova: ma se invece di tenersi sulla negativa egli si lascia indurre ad una positiva dichiarazione, ciò non può tornargli punto a nocumento.

La legge Anastasiana, non trovando applicazione se non al caso della vendita della obbligazione, doveva prestarsi facilmente al raggiro. Infatti i redentori di liti tentarono di eluderne il disposto, dando alla cessione un carattere misto di vendita e donazione. Il credito era ceduto parte a titolo di vendita e parte a titolo di donazione; e così i redentori di liti sfuggivano alla lettera della legge che non contemplava il caso di una cessione a titolo lucrativo. Giustiniano, il quale con una sua costituzione ordinò che la legge di Anastasio dovesse valere anche nella ipotesi di una vendita parziale, mirò a stornare cotesta machinazione dei redentori di liti. Il cessionario, secondo il disposto di Giustiniano, non poteva esigere dal debitore ceduto più di quello che aveva pagato al cedente neppure nel caso che avesse acquistato il credito a titolo di vendita e donazione insieme. Anzi la legge doveva essere applicata ancorquando tutto il credito fosse stato donato ma solo simulatamente, mentre in realtà il cedente aveva ricevuto qualche cosa dal cessionario. La parte donata si risguardava come estinta (38).

---

(38) L. 23 C. eod.

IV. Dei mezzi di diritto che servono a far valere le obbligazioni.

1. Delle obbligazioni naturali.

Weber, syst. Entwickelung der Lehre v. der natur. Verbindl. 4 ed. Lips. 1811. **Pfordten,** de obligationis civilis in naturalem transitu Lips. 1843. **Christiansen,** zur Lehre v. der natur. obligatio u. condictio indebiti. Kiel 1844. **Erxleben,** die condictiones sine caussa Lips. 1850 I. p. 118-152. **Brinz,** Krit. Blätter n. 3. **Massol,** de l'obligat. naturelle en droit. romain et en droit français. Par. 1858 2 ed. 1862. **Schwanert,** die Naturaloblig. des R. R. Gottinga 1861. **Machelard,** des obligations naturelles en droit rom. Par 1861 **Semmola,** delle obbligazioni naturali considerate nel diritto romano e nel diritto presente Napoli 1864. **Bekker,** üb. die Naturalobligationen (Iahrb. d. gem. R. IV. 13). **Scheurl,** die röm. Naturalobligationen (Iahrb. f. d. Dogmat VII) **Flach,** üb. d. Lehre der nat. obligatio des mit Unrecht freigesprochenen Schuldners (Giess. Zeitschr. XIX. 12). **Wächter,** üb. d. Wirkungen eines mit Unrecht freisprechenden Urtheils (Erörter. Puntata 3 n. 11). **Goldschmidt,** von der Verpflichtung des Unmündigen (Arch. f. civ. Prax XXXIX). **Keller,** üb. d. natur. obligatio pupilli (Iahrb. des gem. R. IV.) **Vangerow** § 567.

Ciò che sopratutto dà efficacia alle obbligazioni è la possibilità di ottenerne l'adempimento in via giudiziaria. La obbligazione è a tal uopo fiancheggiata da una azione: ma cotesto diritto di azione, quantunque accompagni di regola la obbligazione, non è punto necessario alla esistenza di essa. In altri termini, vi sono obbligazioni protette da azione ed altre che ne son prive: obbligazioni che i Romani distinguono col nome di civili e naturali. Noi cominciamo dal rivolgere la nostra attenzione a queste ultime.

La obbligazione naturale è una obbligazione del diritto delle genti non confermata nè riprovata dal gius civile; e dico avvertitamente non confermata nè riprovata, perchè nel primo caso deriverebbe dal diritto civile, nel secondo non sarebbe obbligazione di sorta. Essa dunque è una obbligazione, la quale ha bensì l'adesione del gius civile, ma non intera: è una obbligazione del diritto delle genti tollerata dal diritto civile, ma nulla più (1); e quindi, come obbligazione, implica necessariamente l'idea di un debito e forma veramente parte dei beni del creditore (2), ma questi non ha alcuna azione per invocare

(1) L. 84 § 1. D. de R. J. 50. 17; L. 64 D. de cond. ind. 12. 6.
(2) L. 16 § 4. D. de fidei. 46. 1.

l' intervento dei tribunali e ottenere in tal guisa l'esecuzione del suo diritto (3).

I. I singoli casi, nei quali una obbligazione naturale si verifica, possono distribuirsi in due classi, a seconda che hanno il loro fondamento in un difetto di origine o nella incompleta estinzione di una obbligazione civile.

1. La obbligazione naturale può risultare innanzi tutto dal modo con cui una obbligazione è nata.

L'obbligazione cioè può essere priva di azione per una imperfezione formale del negozio che l'ha costituita, purchè cotesta imperfezione non sia tale (4) da impedire assolutamente il nascimento di qualunque rapporto obbligatorio. Tali erano i nudi patti, i quali difettando della forma civile, che il sistema delle azioni richiedeva quasi a conferma e segno esterno della volontà delle parti, non producevano che una obbligazione naturale (5).

Ancora, potevano mancare le condizioni della capacità giuridica a un subietto, in cui per generali considerazioni desunte dalla umana natura, parrebbero esistere. Per tal modo il servo, il quale, essendo privo di personalità, non poteva figurare in una obbligazione civile nè come creditore, nè come debitore, poteva nondimeno contrarre una obbligazione naturale per conto proprio (6). — Parimenti non poteva costituirsi alcuna obbligazione civile tra il padre e il figlio di famiglia, non formando essi che una sola persona quanto ai diritti patrimoniali; ma d'altra parte e' potevano obbligarsi in via naturale, e questa obbligazione naturale conservava il suo carattere persino nel caso che una terza persona fosse succeduta al padre, essendo il figlio diseredato (7). — Il pupillo il quale aveva varcata l'età dell' infanzia, poteva acquistare dei diritti anche senza l'autorità del tutore e persino obbligarsi per delitti se capace di dolo; ma ogni altro obbligo assunto colla sua volontà era nullo da se per diritto civile, nè fa-

(3) L. 16 § 3. 4. D. de fidei.; L. 7. § 4 D. de pact. 2. 14.

(4) L. 1 § 2. D. de V. O. 45. 1.

(5) L. 7 § 4. D. de pact. 2. 14.

(6) L. 32. D. de R. J. 50. 17; L. 14. D. de O. et A. 44. 7; L 64. D. de cond. ind. 12. 6.

(7) L. 38 § 1. 2. D. de cond. indeb. 12. 6.

ceva luogo ad azione se non in quanto il negozio lo aveva fatto più ricco. Ciononpertanto ne derivava almeno una obbligazione naturale (8), salvo che il pupillo non poteva fare nessun valido pagamento senza l'autorità del tutore; perchè in fatto di alienazioni egli era colpito da assoluta incapacità, onde non farà meraviglia ch' ei potesse persino domandare la restituzione di ciò che aveva pagato (9). — Per simile appartenevano a questa classe anche tutte quelle obbligazioni la cui azione fosse stata distrutta da una *exceptio* introdotta non per favorire il debitore, ma in odio del creditore (10). Tal era per es. il caso del senatoconsulto Macedoniano. Il figlio di famiglia aveva bensì la capacità di obbligarsi civilmente; ma la legge, che lo voleva mettere al coperto dagli usurai e preservarlo da una posizione, che lo poteva condurre a formar dei voti parricidi, gli proibiva di contrarre un mutuo di pecunia e gli accordava una eccezione, la quale distruggeva bensì la obbligazione civile, ma ne lasciava intatto l'elemento naturale (11).

2. In tutti questi casi l'obbligazione era priva di azione fino dal suo nascimento: ma poteva anche darsi, come osservammo, che lo diventasse per un fatto posteriore, che distruggendone l'azione, non distruggeva però completamente la obbligazione medesima. Tal era la prescrizione dell'azione. Se l'azione non veniva prodotta entro il termine stabilito dalla legge, il reo poteva paralizzarne l'efficacia con una eccezione, detta *praescriptio temporis*, e andarne assolto: ma anche dopo la prescrizione dell'azione restava una obbligazione naturale (12). — Parimenti la contestazione della lite, durante l'epoca della procedura per formole, distruggeva il diritto d'azione come tale, cioè il diritto dell'attore, in quanto poteva essere esercitato mediante azione, ma

(8) § 3. J. quib. mod. obl. toll. 3. 30; L. 42 pr. D. de jurejur. 12. 2; L. 21 pr. D. ad leg. Falc. 35. 2., L. 64 D. ad S. C. Treb. 36. 1; L. 25 § 1. D. quando dies legati 36. 2; L. 19 § 4 D. de donat. 39. 5; L. 1 § 13. D. de O. et A. 44. 7; L. 127 D. de P. O. 45. 1; L. 25 D. de fidej. 46. 1; L. 1 § 1 D. de novat. 46. 2; L. 44. 95 § 2. 4. De solut. 46. 3.

(9) L. 41. D. de cond. indeb. 12. 6; L. 59 D. de O. et A. 44. 7.

(10) L. 19 pr. L. 40. pr. D. cond. indeb.

(11) L. 10 D. de S. C. Maced.

(12) L. 19 pr. D. de neg. gest. 3. 5; L. 2. C. de luit. pign. 8. 31.

non anche il diritto considerato per se medesimo in quanto avesse degli altri effetti. E ciò vale non solo di una *in rem actio*, ma anche di una *in personam actio*. Propriamente veniva consumata in questo caso l'obbligazione come obbligazione civile, ovverosia veniva esclusa la seconda azione, ma rimaneva come obbligazione naturale e godeva di tutti i diritti che ad una obbligazione naturale son propri (13). — Nè la cosa stava diversamente colla *res judicata*, qualora un vero debitore fosse stato ingiustamente assolto. L'assoluzione cioè lasciava intatto l'elemento naturale della obbligazione; e non solo nella ipotesi che il giudice avesse respinto il creditore per una *pluspetitio*, ma sempre: *licet enim absolutus sit natura tamen debitor permanet*. Anzi è osservabile che lo stesso Giuliano, il principale difensore del principio della *res judicata*, cioè della forza giuridica della sentenza, la nega in questo caso, pareggiandola alla consumazione operata dalla contestazione della lite (15). — Anche coloro, che incorrevano in una diminuzione minima di capo restavano obbligati *naturaliter* per tutte le cause anteriori alla diminuzione medesima, tranne le obbligazioni *ex delicto*, e quelle basate sur un bisogno o titolo naturale, che rimanevano illese (16). — Non altrimenti il *beneficium competentiae* faceva luogo ad una obbligazione naturale (17).

II. Abbiamo detto più sopra che le obbligazioni naturali difettavano di azione: ma anch'esse, al pari delle obbligazioni civili, erano concetti giuridici, e la differenza consisteva unicamente nei mezzi coi quali si potevano esercitare. Quali erano propriamente questi mezzi?

Innanzi tutto la *soluti retentio*. Il debitore cioè non poteva ripetere ciò che aveva pagato: *solutum repeti non potest* (18);

(13) L. 60 pr. D. de cond. indeb. 12. 6. — L. 28 D. eod.; L. 50 § 2 D. de peculio 15. 1. — L. 8 D. de compens. 16. 2. — L. 27 D. de pign. 20. 1; L. 4 pr. § 1. D. de pign. act. 13. 7. — L. 8 § 3. fidej. 46. 1; L. 50 § 2 D. de peculio 15. 1.

(14) L. 27 D. de pignor. 20. 1.

(15) L. 60. D. de cond. indeb.; L. 28 D. eod.

(16) L. 2. § 2. 3. L. 7 § 1. L. 8-10 D. de cap. dim. 4. 5.

(17) L. 8. 9. D. de cond. indeb. 12. 6.

(18) L. 16 § 4. D. de fidej. 46. 1; L. 19 pr. L. 28. 51. 60 pr. L. 64. D. de cond. indeb. 12. 6; L. 10. D. de O. et A. 44. 7.

perocchè l'adempimento di una obbligazione naturale si riguardasse daddovero come adempimento di un debito giuridico.

Ancora, il credito naturale poteva essere opposto in forma di compensazione (19), o altrimenti in via di eccezione ad un altro credito anche civile (20), e venir giustificato il non adempimento di questo come conseguenza del non adempimento di quello.

L'obbligazione naturale poteva anche servire di fondamento a un diritto di pegno (21), a un costituto (22), a una fideiussione (23) e ad una novazione (24): insomma essere o diventare un sufficiente sustrato di un negozio giuridico accessorio, diretto a garantirla e procacciarle una maggiore efficacia, e ottenere così col suo mezzo persino un' azione.

Ecco gli effetti di una obbligazione naturale; e si avverta che ogni specie di obbligazione naturale è generalmente capace di essi, dimanierachè non può ammettersi una obbligazione naturale, che in quanto la legge le attribuisca la medesima sanzione.

III. In specialità la *soluti retentio* occorre talvolta anche senza gli altri effetti, e sarebbe errore di costruire l'idea e la teoria delle obbligazioni naturali, movendo da essa. Ogni *naturalis obligatio*, salvo il caso suaccennato del pupillo, trae al suo seguito la *soluti retentio*, ma non ogni *soluti retentio* si fonda sur una obbligazione. In altri termini: la ripetizione del pagato può essere esclusa, non solo perchè il pagante era un vero debitore civile o naturale, ma eziandio perchè esisteva per lui un obbligo *morale* di pagare; un obbligo, per la cui esecuzione il diritto non ha alcun mezzo, ma che non può neppure offendere, come avverrebbe nel caso che accordasse al pagatore un'azione per ripetere ciò che ha pagato.

(19) L. 68 D. de comp. 16. 2.

(20) L. 7 pr. § 4 D. pact. 2. 14.

(21) L. 5 pr. L. 14 § 1. D. de pign. 20. 1; L. 2 C. de luit. pign. 8. 31; L. 59. pr. D. ad S. C. Treb. 36. 1. — L. 27 D. de pign.; L. 11. pr. § 1. D. de pign. act. 13. 7; L. 30 § 1. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

(22) L. 1. § 6. 7 D. de pec. const. 13. 5.

(23) § 1. J. de fidej. 3. 20; L. 16 § 3. D. de fidej. 46. 1; L. 6 § 2. L. 7. 8 § 3. D. eod.; L. 50 § 2. D. de pecul. 15. 1.

(24) L. 1 § 1. D. de novat. 46. 2.

Così, a cagion d'esempio, il liberto non poteva ripetere le *operae officiales* a cui si credeva obbligato, quand'anche non vi fosse alcuna promessa a questo riguardo, perchè cotesti servigi costituivano un *officium*, a cui egli era tenuto per riconoscenza e deferenza: *natura enim operas patrono libertus debet* (25).

Parimenti, la donna, la quale costituiva una dote nell'idea di esservi obbligata, non era punto ammessa alla ripetizione, perchè il pagamento era fatto per causa di affezione: *sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest* (26).

Un'altra legge dichiara che le spese dei funerali fatte *pietatis causa*, cioè per affezione ed attaccamento, non danno alcun diritto a ripetizione (27).

Un'altra: che quando un parente somministra *pietatis respectu* gli alimenti a colui, ch'egli non ha l'obbligo di alimentare, non è punto ascoltato se vuole ottenerne il rimborso (28).

E un'altra ancora: che la madre, la quale seguendo l'impulso del cuore, *pietatis ratione*, redime il figlio dalla captività, non può domandare di esserne rimborsata (29).

In tutti questi casi non abbiamo un rapporto giuridico, ma solo un dovere morale o di coscienza, e quindi, soltanto impropriamente si può applicare alla causa il nome di *obligatio*. Diversamente dalla obbligazione naturale, essa non implicherà mai di necessità l'idea di un debito, e quantunque presenti la possibilità di acquistare un bene, non farà mai parte per se medesima dei beni del creditore, non entrerà mai in linea di conto per comporre o aumentare l'attivo del patrimonio. Questa prerogativa non è punto accordata alla obbligazione morale, che non essendo accettata dal legislatore, è in qualche modo abbandonata alla balìa di se medesima. Ed ecco, perchè mentre la obbligazione naturale porta con se una determinazione, l'obbligazione morale invece è ordinariamente vaga e indeterminata.

---

(25) L. 26 § 12. D. de cond. indeb. 12. 6.
(26) L. 32 § 2. D. de cond. indeb. 12. 6.
(27) L. 14 § 7. D. de relig. et sumt.
(28) L. 27 § 1. L. 34 D. de negot. gest.; L. 11 C. eod.
(29) L. 17. C. de postlim. reversis,

Il dovere di riconoscenza si riduce difficilmente a una cifra, e non v'ha che il pagamento, il quale possa circoscrivere siffatta obbligazione e far sì che scomparisca la incertezza la quale impediva di assegnarle un prezzo. Che se il legislatore mantiene in vista di essa il pagamento già effettuato, non per questo convien dire ch'egli la riconosca. Cotesto pagamento, il ripeto, non è agli occhi del legislatore l'effetto di una vera obbligazione, ma costituisce semplicemente un atto di liberalità, che egli non permette di distruggere per non offendere l'idea morale, che l'ha suggerito.

---

2. Delle obbligazioni civili. In ispecie delle obbligazioni di stretto diritto e di buona fede.

Gans, üb röm. Obligationenrecht Eidelb. 1819. Parte I e II. **Stever,** de summario Romanor. judicio seu de stricti juris et bonae fidei actionibus Lips. 1822. **Zimmern,** Rechtsgeschichte III § 60 seg. **Mayer,** die Litiscontestatio Stocc. 1830 p. 73 seg. **Hesshirt,** nella sua Zeitschrift für Civ. u. Criminalrecht I p. 71 seg. **Hasse,** üb. das Wesen der actio (Rhein. Mus. VI. p. 52 seg). **Bachofen,** de Romanor. judiciis civilib., de legis actionib., de formulis et de condictione Gott. 1840 p. 172 seg. **Savigny,** System des R. R. V. p. 101 seg. p. 461 seg. (Appendice XIII: stricti juris, bonae fidei actiones) e p. 503 seg. (Append. XIV: die Condictionen). **Puchta,** Cursus der Instit. II § 165, III § 269. **Wächter,** Zur Lehre v. den Klagen (Erörterung. aus dem röm. deutsch. u. würtemberg. Privatr. Stuttg. 1845 II. n. 11). **Heimbach,** von dem Wesen u. dem Kreise der strengen Geschäfte u. der incerti condictio (Giess. Zeitschr. N. S. VI. p. 66 seg. p. 145 seg). Il medes. die Lehre vom Creditum Lips. 1849. p. 89 seg. p. 553 seg. **Bonjean,** Traitè des Actions Par. 1845 II. p. 216 seg. p. 262 seg. **Bethmann-Hollweg,** der Civilprocess des gem. Rechts 3 v. Bonn 1831-1836. I. 64. 165. 169. II. 279. 281.

Come avvertii, una obbligazione è pienamente efficace quando può essere esercitata in via giudiziaria, cioè quando il debitore può venir costretto alla prestazione mediante una azione (1). L'obbligazione medesima assume in questo caso il nome di *civilis obligatio* o anche di *obligatio* senz'altro.

In origine però non v'aveano che poche obbligazioni giuridicamente riconosciute, cioè solamente quelle che si fondavano nello stretto gius civile o erano state confermate da esso; nè

(1) L. 108. D. de V. S.

la cosa farà meraviglia per poco che si pensi allo spirito e allo storico svolgimento del diritto romano. A poco a poco però venne sempre più allargandosi la loro cerchia. Alcune obbligazioni dell'*jus gentium*, che prima erano state prive di azione, la ottennero col tempo; e siccome ne furono fornite parte dal nuovo diritto civile e parte dal diritto pretorio, così, come osservai altra volta, chiamaronsi obbligazioni civili in senso stretto le prime, ed onorarie le seconde. Dall' altro canto venne ristretta a poco a poco la efficacia di alcune antiche obbligazioni civili, essendosi per motivi di equità accordata una eccezione perentoria al debitore, la quale, a seconda dei casi, o toglieva ogni forza all' azione del creditore o la convertiva almeno in una obbligazione naturale. L'obbligazione in questi casi dicevasi *per exceptionem sublata*.

Naturalmente la varia forma delle azioni, onde il diritto romano proteggeva giudiziariamente le obbligazioni, influiva in modo più o meno sensibile sul tenore e sugli effetti della obbligazione medesima. Sopratutto era importante la circostanza se l'azione fosse di buona fede o avesse per conseguenza uno stretto giudizio, a segno che le obbligazioni stesse, e quindi anche i negozi che le costituivano distinguevansi in *bonae fidei* e *stricti juris obligationes*, *contractus*, *negotia*.

A ragione osserva il Puchta, che un popolo di senno pratico e di maschia energia preferirà sempre un sistema di procedura, in cui il giudice sia obbligato ad attenersi religiosasamente a ciò che le parti hanno espressamente convenuto intorno ai loro rapporti. Questo popolo non avrà scrupolo di esigere dai singoli cittadini che determinino e circoscrivono esattamente il tenore delle loro obbligazioni per quanto il comporta l'obbietto di esse, ponderando cautamente ogni cosa, senza contare sull'opera suppletoria del giudice che fosse chiamato a conoscerne. Così fu dei Romani, i quali elevarono a regola il principio degli *stricta judicia;* principio, che prometteva una procedura più semplice, più rigorosa, più indipendente dalla individualità del giudice, e quindi più secura dagli arbitrj e dalle parzialità o debolezze; insomma un grande vantaggio, in confronto del quale parve poca cosa il pericolo di una materiale ingiustizia, che non poteva toccare che agli imprevi-

denti e negligenti. In origine adunque tutte le obbligazioni andavano eseguite alla lettera, e tutte le azioni erano per conseguenza di stretto diritto, almeno quando si sperimentavano *per sacramentum*. Il che non solo è conforme allo spirito di rigore che dominava nell'antico gius civile, ma è anche attestato formalmente da Cicerone: *nam quum ex XII Tabulis satis esset ea praestari quae essent lingua nuncupata* (2). Ancora, egli è a questo genere di azioni che si applicano le parole del medesimo Cicerone: *quid est in judicio? directum, asperum, simplex* (3); e queste altre di Seneca: *judicem... formula inclulit* (4). I casi poi a cui erano applicate possono ridursi a queste tre classi: *datum, expensum latum, stipulatum* (5). Al *datum* appartiene primieramente il mutuo, e oltreccio ogni altra dazione fatta ad alcuno di una cosa certa, quando egli non abbia dei motivi onesti per conservarne la proprietà; il che si verifica segnatamente nella *condictio indebiti*, nella *condictio causa data causa non secuta*, nella *condictio sine causa* e in quella *ob turpem causam*. L'*expensum latum* è l'antico contratto letterale, applicabile ad ogni maniera di negozi che avessero per obbietto una somma certa di pecunia, ad eccezione del mutuo. Infine lo *stipulatum* era pure una fonte di *stricti juris actiones*, ed anzi la più importante di tutte; perchè i Romani non conoscevano altra forma contrattuale di carattere affatto generale, fuor questa, per cui ogni negozio, sia che consistesse in denaro o in altre cose e persino in opere, poteva acquistare la natura di una obbligazione civile.

D'altronde, quantunque le azioni di stretto diritto formino la regola, il bisogno fino dagli antichi tempi vi aveva introdotto delle eccezioni, facendo luogo a delle azioni di buona fede in più di un rapporto obbligatorio. Fra le quali sono ricordate da Giustiniano quelle: *ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur et ea quae ex permutatione*

(2) Cic. de off. III c. 16. 17.
(3) Cic. pro Roscio 4.
(4) Seneca de benef. 3, 7; de clement. 2, 7.
(5) Cic. pro Roscio 5; L. 9 § 3. de R. C. 12. 1.

competit, et hereditatis petitio. Era però dubbio prima di Giustiniano se quest' ultima si avesse ad annoverare tra i giudizi di buona fede (6). Non altrimenti la *rei uxoriae actio* fu già una di coteste azioni, che si sperimentava quando la restituzione della dote non era stata stipulata, ma doveva farsi per legge (7); mentre se la restituzione era stata promessa per stipulazione, non era esperibile che l'*actio ex stipulatu*, che era di stretto diritto. Giustiniano, come è noto, fuse le due azioni in una e conservando a questa il nome di azione *ex stipulatu*, le comunicò per altro il carattere di azione di buona fede (8). L'*actio fiduciae*, che giusta la concorde testimonianza di Cicerone (9) e di Gaio (10) fu pure un' azione di buona fede, era totalmente scomparsa ai tempi di Giustiniano, come quella che si collegava colla mancipazione.

Il pontefice Scevola ebbe a indicare il carattere generale di coteste azioni, dicendo, che si riferivano principalmente agli affari onde si compone il commercio quotidiano della vita: *vitae societas continetur* (11). A ben guardare erano azioni che derivavano quasi tutte da contratti o quasi contratti sinallagmatici perfetti o imperfetti. Appunto in cotesti affari bilaterali più presto che negli altri dovette manifestarsi il bisogno di modificare secondo equità le obbligazioni delle parti; perchè il modo più o meno esteso onde una di esse compie la sua obbligazione può essere un motivo per modificare l'obbligazione dell'altra. Anzi la natura stessa dei rapporti suggeriva e giustificava in tutti questi casi la mutua confidenza delle parti: *bona fides ut inter bonos*; ned elleno avrebbero potuto tacciarsi di negligenza quand'anche non avèssero preveduto e stabilito ogni cosa accuratamente fino nel più piccolo dettaglio. In parte cioè erano rapporti, nei quali non si poteva stabilir tutto fin dalle prime senza un grande spreco di tempo, che avrebbe nociuto al commercio, come era il caso con la compera e simili negozi, col deposito, col com-

(6) § 28 I. de act. 4. 6.
(7) § 29 I. de act. 4. 6.
(8) Tit. C. de rei uxoriae actione 5, 13; § 29. I. de act. 4. 6.
(9) Cic. de off. 3, 15 17; ad famil. 7, 12.
(10) Gai. 4, 62.
(11) Cicero de offic. 3, 17.

modato e colla gestione degli affari altrui; in parte erano rapporti in cui i vari avvenimenti da calcolarsi non ricorrono alla mente dell'uomo anche più oculato e previdente, come nella società e in altre relazioni di communione; o finalmente erano tali, in cui quell'obbligo di stabilire e formulare esattamente ogni cosa doveva parere contro natura, come nella dote.

Siccome poi il fondamento di tutti cotesti negozii era la buona fede, e non già uno stretto obbligo secondo il gius civile, così parve opportuno che anche la maniera della execuzione dovesse venire deteterminata da questo fondamento. Il pretore costringeva le parti ad accordarsi su di un giudice, detto *arbiter*, e incaricava questo giudice di conoscere della lite *ex fide bona*, oppure *ut inter bonos bene agier oportet*, od anche *aequius melius*, come meglio gli pareva secondo il diritto e l'equità, senza attenersi alla lettera del gius civile. L'azione di buona fede adunque conferiva all'arbitro i poteri i più estesi: *in bonae fidei judiciis libera potestas permittitur judici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat* (12). Seneca in più luoghi ci descrive egregiamente la missione del giudice in questa specie di azioni: *arbitri libera et nullis adstricta vinculis religio*; *et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam prout humanitas et misericordia impulit, regere..... Liberum arbitrium habet, non sub formula, sed ex aequo et bono judicat, et absolvere ei licet et quanti vult taxare litem* (13). Perciò, trattandosi di fissare i fatti, egli si valeva in modo più libero del giuramento, che poteva imporre all'una o all'altra parte (14), e bastava anche un semplice interesse di affezione per assecurare efficacia giuridica ad un negozio (15). La fissazione dei fatti doveva basarsi innanzi tutto sul vero accordo delle parti, e in difetto di esso sovra ciò che suggeriva la natura stessa dei rapporti (16). L'accordo era la legge fonda-

(12) § 30 I. de action.; cf. Cic. de offic. 3, 17.

(13) Senec. de benef. 3, 7; de clem. 2, 7.

(14) L. 3 C. de reb. cred. 4. 1; L. 5. pr. D. de in lit. jur. 12, 3.

(15) L. 54 pr. D. mand. 17. 1., cf. L. 35 D. de minor. 4. 4; L. 6 pr. L. 7. D. de serv. export. 18. 7; L. 36 D. de bon. libert. 38. 2.

(16) L. 11 § 15. 48 D. de A. E. V. 19. 1.

mentale di queste obbligazioni (17), e si voleva innanzi tutto mantenuto (18), a segno che anche un semplice patto aggiunto incontanente al contratto si identificava con esso ed era garantito dalla medesima azione. Nondimeno anche gli accordi delle parti andavano giudicati secondo le esigenze della giustizia, e respinti in quanto non rispondevano a siffatte esigenze (19). Parimenti cotesto principio, che voleva mantenuta l'equità (20), e reietto tutto ciò che sapeva di frode (21), influiva sulla formazione giuridica dell'intero rapporto sì positivamente che negativamente, nel senso cioè, che le pretese conformi ad esso erano mantenute, le altre volevano essere respinte (22).

Sarebbe però errore il credere che cotesta maggiore libertà lasciata all'arbitro nei giudizi di buona fede fosse escogitata nel solo interesse di una delle parti. Seneca dice bensì che una buona causa era meglio assecurata col *judicium* che non coll'*arbitrium* (23), e si potrebbe credere ch'egli con queste parole alludesse a un vantaggio dell' attore; ma già Savigny ha osservato, che ciò và inteso parte dell'uso più ristretto delle eccezioni nella *stricti juris actio*, e parte del possibile abuso che si potrebbe fare di una immaginaria equità nelle *bonae fidei actiones*. In verità il migliore arbitrio del giudice può, a seconda delle circostanze, giovare quando al reo e quando altresì all'attore. Può giovare al reo: perchè i riguardi della buona fede possono liberarlo laddove uno stretto giudizio ne avrebbe portata la condanna; ad ogni modo era difficile che l'attore ottenesse tutto quello che avea domandato, ed anzi a detta di Ci-

(17) L. 116. pr. D. de R. I. 50. 17; L. 58 D. de pact. 2. 14.

(18) L. 7. § 6. D. de pact. 2. 14; L. 11. § 1. D. de A. E. V. 19. 1; L. 21. D. loc. 19. 2; L. 2. § 13. D. de adm. rer. 50. 8.

(19) L. 7. §. 1. D. de resc. vend. 18. 5; L. 11. § ult. D. de A. E. V. 19. 1.

(20) L. 31. D. deposit. 16. 3; L. 2. § 2. D. de O. et A. 44. 7.

(21) L. 68 pr. D. de contr. emt. 18. 1

(22) L. 6 § 4. D. de neg. gest. 3. 5.; L. 41. D. de iud. 5. 1; L. 24. 31 § 1. D. depos. 16. 3; L. 12. § 11 D. mand. 17. 1; L. 68 pr. D. de contr. emt. 18. 1. L. 11 § ult. L. 50 D. de A. E V. 19 1; L. 32 § 2. D. de usur. 22. 1; L. 57 D. de R. I. 50. 17; L. 18 C. de neg. gest. 2. 19; L. 3 C. de resc. vend. 4. 44.

(23) Seneca de benef. 3. 7.

cerone, ciò non era avvenuto mai (24). Si aggiunge che era agevolata la difesa al reo anche in via formale, perchè egli poteva produrre dinanzi al giudice tutte quelle eccezioni le quali si riferivano in qualche modo a un dolo passato o presente dell'attore, senza averlo di già prodotto *in jus* ed averne ottenuta l'inserzione nella formola. Ned è a trasandare che il maggior campo lasciato all'arbitrio del giudice doveva cagionare un maggiore viluppo di attacco e di difesa e ritardarne per conseguenza la decisione. — Dall'altro canto la maggiore libertà del giudice poteva giovare eziandio all'attore, non dovendo il giudice attenersi scrupolosamente a quello che era stato espresso nel contratto, ma considerare anche tutto ciò che generalmente si costumava in contratti di questa specie, giusta il principio espresso da Ulpiano: *ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire* (25). L'attore adunque poteva accampare con effetto delle pretese oltre al tenore letterale del negozio, e in specialità delle accessioni senza bisogno di un particolare accordo, verbigrazia le usure moratorie, a cui non aveva diritto in uno stretto giudizio. Nè tampoco poteva incorrere nel pericolo di perdere il suo diritto con una *plus petitio*, domandando più di quello che gli era veramente dovuto; senonchè cotesta non era propriamente una conseguenza della *bona fides*, ma della *incerta intentio*, che necessitava bensì alle azioni di buona fede ma che poteva verificarsi anche senza di esse.

Avverto poi, che la volontà delle parti poteva sempre comunicare il carattere di stretto diritto a una obbligazione di buona fede, e anzitutto vestendola della forma della *stipulatio*. Una compera p. es. la quale fosse stata contratta in questo modo diventava una *verborum obligatio*, e così dicasi dei contratti di società, di locazione e via discorrendo. L'azione di buona fede era sempre assorbita in questi casi dalla azione della stipulazione, e ne derivava uno stretto giudizio. In modo particolare però era adoperata a questo scopo la *literarum obligatio*. La *trascriptio a re in personam* aveva luogo per appunto quando un debito derivato da altra causa, p. es. da compera, conduzione, so-

(24) Cic. pro Roscio Com. 4.
(25) L. 31. § 20 D. de aedil. ed. 21. 1.

cietà ecc. veniva registrato nell'*expensum* (26); e lo scopo era unicamente di comunicargli la natura dello stretto diritto, o con altre parole di convertire la *bonae fidei actio* in una *condictio.*

Dall'altro canto poteva tornar desiderabile alle parti di dare alla stipulazione, che pur era necessaria in varii casi, il carattere di una obbligazione libera. La stipulazione assumeva questa natura specialmente grazie ad alcune parole aggiuntevi dalle parti, che erano p. es. *ex fide bona,* ma più spesso la clausola del dolo, che suonava così: *dolum abesse abfuturumque.* In questi casi l'azione come tale non era punto una *bonae fidei actio,* per cui veniva giudicata dal giudice e non da un arbitro; ma grazie alle parole della stipulazione, il giudice era chiamato a conoscerne non altrimenti dell'arbitro in una azione di buona fede, il che valeva, come degli interessi e dei frutti, così eziandio riguardo alle eccezioni non espresse nella formola (27).

---

3. Della insolvenza del debitore.

Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts Bonn 1829 III. **Savigny,** d. altrömische Schuldrecht Berl. 1834 (Verm. Schr. II). **Puchta,** Cursus der Instit. II. **Bonjean,** Traitè des Actions Par. II. 1845 **Keller,** der röm. Civilproc. 2 ed. Lips. 1855. **Gallenkamp,** de exec. ap. Rom. Berl. 1855. **Walter,** Gesch. des R. R. 3 ed. Bonn II. 1861 **Bethmann-Hollweg,** der Civilproc. des. gem. R. 3 v. Bonn. 1864-66 **Dernburg,** üb. die emptio bonorum Eidelb. 1850.

I. Può darsi che taluno non possa per insufficienza di mezzi pagare i suoi debiti oppure non voglia pagarli. L'antico gius romano aveva sancito per questo caso una esecuzione molto rigorosa contro la persona stessa del debitore. Il creditore cioè, trascorsi 30 giorni dopo ottenuta la condanna del debitore, poteva mettere le mani sulla persona di lui, e trascinarlo davanti al magistrato allo scopo di ottenerne l'*addictio*, o come si direbbe l'aggiudicazione. Il debitore non poteva respingere la mano del creditore, nè agire da sè, ma doveva nominare un rappresen-

(26) Gai. 3, 129.

(27) L. 38. § 13. L. 22. 53. 73. 119. 121 pr. D. de V. O. 45. 1; L. § 16. f. D. de doli exc. 44. 4; L. 31 D. de recept. L. 3. C. eod. 2. 59.

tante, *vindex*, il quale s'incaricava di difenderlo. L'intervento del vindice liberava il debitore. Colui però che non poteva o non voleva somministrare un rappresentante, era condotto nella casa del creditore e ivi stretto in catene (1), di cui la legge delle dodici tavole aveva esattamente regolato il peso insieme al nutrimento del debitore (2). Il quale in questa condizione dicevasi *addictus*. Egli era schiavo di fatto, ma non ancora di diritto, e i suoi figliuoli e i suoi beni non passavano punto nel dominio del creditore (3). Questo stato di cose durava sessanta giorni, entro i quali ei doveva essere condotto in tre mercati successivi davanti al tribunale del pretore, dove il creditore proclamava la somma del debito, perchè i suoi parenti od amici la pagassero, se volevano liberarlo. Trascorso infruttuosamente questo termine, egli era messo a morte, o venduto in ischiavitù straniera oltre il Tebro; e quella pena capitale era ben terribile, perchè, nel caso di più creditori, la legge permetteva ad essi di farne a pezzi il corpo e dividerne le parti (4).

Questa esecuzione personale del debitore durò a lungo, non solo in tutto il tempo della Republica (5), ma anche all' epoca dell'Impero fino ai più tardi giureconsulti classici (6). Nondimeno s'era mitigata di molto; perchè l'*addictus* non poteva più essere ucciso e venduto schiavo, ma prestava unicamente opere servili, senza danno della sua ingenuità, fino al completo soddisfacimento del debito (7). Ancora, erano venute introducendosi delle altre istituzioni, per cui l' uso dell' *addictio* doveva diventare sempre più raro; e innanzi tutto la vendita globale dei beni, conosciuta col nome di *bonorum venditio*, colla quale ci facciamo a considerare l'esecuzione secondo l'editto pretorio.

II. Il pretore Rutilio, provvedendo ai creditori i quali si trovavano nella impossibilità di usare la *manus iniectio* perchè il

(1) Aul. Gell. N. A. 20. 1.; Gai. 4, 21.
(2) Gell. 20, 1.
(3) Gai. 3, 189. 199; Quinct. I. O. 5, 3. 10; 7, 3.
(4) Gell. 20, 1. Quinct. I. O. 3, 6; Tert. Apol. 4.
(5) Liv 23, 14; Sall. Catil. 33; Cic. pro Flacco 21; pro Roscio Com. 24; de orat. 2, 63; Lex Rubria. c. 21. 22.
(6) Seneca, de benefic. 3, 8; Plin. Ep. 3. 19; Gell. 20, 1; L. 33 pr. L. 34. D. de re judic.; Paul. R. S. 5, 26. 2.
(7) Gai. 3, 199; Quinct. I. O. 5. 10. 60; 7, 3. 27.

debitore era assente o si teneva nascosto, accordò loro la possessione dei beni del debitore col diritto di farli vendere e farsi pagare sul prezzo (8). Egli era codesto un mezzo molto efficace; e la pratica non tardò di estenderne l' uso oltre la ipotesi per cui era stato creato in origine. Il veggiamo adunque applicato non solo quando il debitore si teneva nascosto o era assente senza farsi difendere, ma eziandio, se non eseguiva la sentenza resa contro di lui, come pure verificandosi il caso di una successione vacante, quando era certo che non vi fosse nè erede civile, nè erede pretorio, nè altro successore (9). Precisamente dietro istanza e previa cognizione di causa (10), il magistrato legittimava con decreto i creditori a prendere possesso di tutti i beni del reo, *missio in possessionem bonorum rei servandae causa* (11), con facoltà di offrirli in vendita, *proscribere* (12), dopo trenta giorni se trattavasi dei beni di un debitore vivente, e dopo quindici quando si trattava della eredità di un defunto (13). Scorso questo termine, il pretore ordinava ai creditori di unirsi per eleggere un *magister*, incaricato della vendita: ma l' aggiudicazione non poteva aver luogo che dopo un altro termine eguale al primo (14), e facevasi, non a prezzo fisso, ma a tanto per cento (15). Accaduta la vendita, tutta la sostanza del debitore passava *per universitatem* al *bonorum emptor*, non altrimenti che s'ei l' avesse ereditata (16). Egli diventava successore universale: ma è da notare che cotesta acquisizione *per universitatem* si operava all'infuori del gius civile e non aveva punto per effetto di trasfe-

(8) Gai 4, 35.

(9) Cic. pro Quinctio 19; Gai 3, 78.

(10) Cic. pro Quinctio 16; L. 21 § 2. L. 22 D. ex quib. caus. maiores 4. 6; L. 1. 7. pr. L. 14. § 2. D. quib. ex caus. in possess. eatur 42. 4.

(11) L. 10 § 1. L. 3. § 23 D. de acq. poss. 41. 2; L. 1. 3. pr. L. 7 pr. L. 14. § 2. D. quib. ex caus. in poss. 42. 4; L. 3 § 8 D. uti possidetis 43. 17.

(12) Theoph. ad Inst. 3. 12

(13) Gai. 3, 79.

(14) Gai. 3, 79; Cic. pro Quinctio 15; ad Attic. 1, 1; 6, 1. 12.

(15) Theoph. 3, 12 pr.

(16) Gai. 3, 77-89; Tit. I de successionib. sublatis quae fiebant per bonorum venditionem 3. 12; Theoph. ad h. t.

rirgli *ipso jure* i diritti del fallito. Essa non faceva che assecurargliene l'esercizio sotto la protezione del pretore: in ispecialità non gli accordava che il dominio *in bonis* sovra le singole cose (17); e nemmeno i crediti passavano in lui *ipso jure*, onde non poteva esigerli se non col mezzo di azioni utili (18). S'intende poi che era obbligato verso i creditori in proporzione di quello che aveva offerto (19). Quant'è al debitore, egli diventava infame (20), e non veniva liberato dai suoi debiti se non in quanto fossero soddisfatti dall'*emptor;* per cui nel caso che facesse dei nuovi acquisti, poteva verificarsi una nuova *venditio bonorum* (21).

III. Tal era l'esecuzione secondo il diritto pretorio: senonchè anche questi principii vennero mitigati col tempo.

1. Una legge Giulia, che alcuni attribuiscono a Cesare ed altri ad Augusto (22), per vincere durevolmente la terribile potenza del capitale ed emancipare da esso la libertà, consacrò, sull'esempio delle leggi egizie e soloniche, l'abbandono volontario dei beni, conosciuto sotto il nome di *cessio bonorum;* il che apportò una sensibile modificazione all'antico sistema. Fu cioè permesso ad ogni debitore, che senza sua colpa fosse andato in ruina (23), di abbandonare volontariamente i beni ai suoi creditori, sia che bastassero o meno a sanare il debito, e cominciare così una nuova esistenza economica, salvando la libertà. Perchè giova avvertire, che grazie a cotesto abbandono egli era posto al securo dall'esecuzione personale (24), e conservava intatto il suo onore (25), e poteva reclamare il beneficio della competenza (26), cioè non

---

(17) Gai. 3, 80; L. 2. § 7. D. pro emt.

(18) Gai. 3, 81; 4. 35.

(19) Gai. 4, 65.

(20) Tab. Herac. c. 8; Gai. 2, 154; L. 3 C. Th. de inoff. 2. 19.

(21) Gai. 2, 155.

(22) Tit. C. Th. qui bonis ex lege Jul. cedere possunt 4. 20; L. 4 C. I. qui bonis cedere poss. 7. 71; Gai. 3, 78; Caes. de bello gall. 3, 1; Svet. Caes. 42; Tacit. Ann. 6. 16; Dio Cass. 58. 21.

(23) L. 22. § 1. L. 51. pr. D. de re judic. 42. 1; L. 25. D. quae in fraud. cred. 42. 8; arg. L. 63 § 7 D. pro socio 17. 2; L. 1. C. Th. qui bon cedere possunt 4. 40.

(24) L. 1. C. qui bon. ced. poss. L. 7. 71.

(25) L. 11 C. ex quib. caus. infam. 2. 12.

(26) L. 4. pr. D. de cess. bon. 42. 3.

poteva essere molestato pei beni acquistati dopo la cessione che *in quantum facere potest*, conservando quello che gli era necessario per vivere. D'altronde anche colla cessione si verificava la *venditio bonorum*.

2. Il merito di aver introdotto una procedura di concorso molto più mite, diversa dalla *venditio bonorum*, è dovuta a un senatoconsulto ricordato già da Nerazio, per cui fu stabilito che essendo il debitore una persona di rango senatorio, *persona clara*, il pretore dovesse nominare un curatore il quale ne vendesse i beni in dettaglio fino alla concorrenza della somma necessaria pel soddisfacimento dei creditori (27). Il qual sistema presentava un grande vantaggio economico in confronto della *bonorum venditio*, perchè era meglio assecurato il valore reale dei beni, mentre il carattere incerto e oscillante delle obbligazioni del *bonorum emptor* non poteva non far luogo nella pratica a molte difficoltà, le quali dovevano appunto impedire che i beni raggiungessero il loro effettivo valore. Così non farà meraviglia, che codesta procedura, meno rigorosa e più consentanea allo scopo, fosse, alla caduta del sistema formulare, estesa generalmente ad ogni debitore, e dopo essere stata applicata a lungo, almeno fino a Diocleziano (28), in concorrenza coll'antica *bonorum venditio* (29), finisse col tener sola il campo nel diritto giustinianeo (30). Del resto anche la nuova procedura esigeva una *missio in possessionem bonorum*, che veniva accordata sopra domanda della maggior parte dei creditori (31); ma non faceva luogo ad una *successio per universitatem*, perchè il *curator distrahendorum bonorum* vendeva i beni in dettaglio, e i compratori li acquistavano a titolo particolare.

3. Intanto la *pignoris capio*, di cui gli antichi magistrati si erano valsi per esigere delle multe in affari publici, aveva cominciato nell'epoca imperiale ad adoperarsi per la esecuzione,

---

(27) L. 5. 9. D. de curatorib. furioso et aliis dandis 27, 10.

(28) arg. L. 4 C. qui bon. cedere poss. 7. 71; L. 6. 9. C. de bonis auctor. judicis possidendis 7. 72.

(29) L. 9 D. de cur. fur. 27. 10.

(30) pr. I. de successionib. sublatis 3. 14; Theoph. ad h. t.

(31) L. 2. 3. D. de curat bonis dando 42. 7.

dapprima nelle cognizioni straordinarie (32), e nei processi fiscali (33), poi generalmente nei pagamenti che dovevano farsi in pecunia. Così nacque un nuovo mezzo di esecuzione per tutte quelle azioni nelle quali occorreva la *condemnatio pecuniaria.* Dietro la produzione della sentenza o la giustificazione della confessione, il magistrato faceva col mezzo dei suoi apparitori sequestrare prima le cose mobili, poscia i fondi, da ultimo anche i crediti, in quanto paresse necessario affine di procacciare il pagamento al creditore. Questo sequestro aveva l'effetto di creare un diritto di pegno pel sequestrante, che si diceva *pignus in causa judicati captum.* Se poi il debitore non sanava il suo debito entro il termine di due mesi (34) i pegni erano venduti dai medesimi officiali (35), e il prezzo ricavatone serviva al pagamento del debito, mentre il residuo andava restituito al debitore (36). In difetto di compratori, i pegni venivano aggiudicati al creditore medesimo verso tassazione. Del rimanente, cotesta *pignoris capio* non era esclusiva, ma continuavano accanto ad essa e l'antica *missio in bona* e la esecuzione personale. Precisamente dipendeva dall' arbitrio dei creditori l'iniziare una procedura piuttosto che un'altra.

4. Finalmente per le azioni, le quali avevano per iscopo la restituzione od esibizione di una cosa era nato anche un altro modo di esecuzione, rivolta immediatamente contro l' obbietto stesso dell'azione. L'*Arbitrium de restituendo* o *de exhibendo*, che dapprima non era stato punto obbligatorio, nel senso che il debitore non veniva costretto ad eseguirlo se non indirettamente e per timore della condanna, poteva esserlo oggimai anche *manu militari* (37): ma nondimeno restò abbandonato al beneplacito dell'attore di prestare invece il giuramennto di stima e ottenere una *condemnatoria.*

IV. Così stavano le cose prima di Giustiniano: resta ora

(32) L. 31 D. de re judic. 42. 1; L. 5. § 20 D. de agnosc. et alend. lib. 25. 3.

(33) L. 9. § 6 D. ad leg. Jul. pecul. 48. 13; L. 21. § 1. D. qui in pign. 20. 4.

(34) L. 31. D. de re judic.

(35) L. 50. 74 § 1. D. de evict. 21. 2; L. 2. C. de in causa judic. 8. 23.

(36) L. 31 .D. de re judic.

(37) L. 68 D. de R. V.

che veggiamo come fosse disciplinata questa materia nel nuovo diritto. A tal uopo é mestieri distinguere la esecuzione semplice dalla concursuale.

1. Essendo oggimai completamente scomparso l'antico principio che ogni condanna dovesse essere pecuniaria (38), era divenuto necessario di provvedere alla esecuzione in natura. Ecco adunque una prima novità. Come la condanna, così eziandio la esecuzione poteva oggimai essere diretta immediatamente contro le cose (39), cioè verificarsi in natura col ministero degli ufficiali del giudice (40). Si supponeva per altro che la prestazione consistesse in un dare; perchè nelle obbligazioni di fare o prestare occorreva pur sempre una condanna pecuniaria. In questi casi l'esecuzione consisteva generalmente nella *pignoris capio*, e a quanto pare le sue forme non differivano punto da quelle che erano state seguite nei tempi anteriori. Tanto sulla esecuzione semplice.

2. La procedura di concorso (41) cominciava anche nel diritto giustinianeo colla *missio in bona :* ma il carattere dell'antica immissione, colla vendita globale dei beni e colla successione universale del compratore, è scomparso quasi interamente (42). La immissione in tutti i beni non si verificava che in via di eccezione, quando il debitore si fosse lasciato condannare in contumacia e vi avessero più creditori e il passivo superasse l'attivo. Fuori di questa ipotesi, la immissione non veniva accordata che nella parte dei beni necessaria pel soddisfacimento del debito, e i creditori immessi ne avevano per un buon lasso di tempo il possesso e li amministravano col mezzo di un *curator bonorum* scelto da essi. Gli altri creditori che non si fossero presentati, non erano esclusi per ciò: ma avevano un termine di due o quattro anni, a seconda che si trovavano presenti o assenti, per presentarsi e liquidare i loro

(38) § 32 I. de action.

(39) cf. § 32. I. de action.

(40) L. 68 D. de R. V.

(41) L. 10. C. de bon auct. jud. poss. 7. 72.

(42) L. 10 §. 2. C. eod; pr. I. de success. subl. 3. 12.; Theoph. ad h. l.

crediti in confronto degli immessi (43). Trascorso questo lasso di tempo, il giudice permetteva con una sentenza la vendita, la quale si faceva in dettaglio, nel modo praticato all'epoca antecedente col mezzo del *curator bonorum*. Nondimeno cotesta operazione non era abbandonata interamente all'arbitrio di lui o dei creditori immessi: doveva essere consegnata a protocollo e il curatore era tenuto a giurare di aver venduto al miglior prezzo possibile (44). Il denaro ricavato andava distribuito dal giudice ai creditori in proporzione dei loro crediti (45) e con riguardo ai loro privilegi (46), mentre il residuo volevasi depositato in favore dei creditori che fossero ancora per presentarsi (47).

Quant'è al debitore insolvente, egli era, come per l'addietro, colpito d'infamia (48) e incorreva nell'arresto per debiti, e precisamente nel carcere (49), che però doveva essere publico, conciossiachè la istituzione delle prigioni private e segnatamente il tenervi recluso un debitore, era cosa oggimai proibita sotto pena di morte come delitto di maestà (50). D'altra parte la cessione dei beni, mantenuta anche dal diritto giustinianeo, liberava il debitore sì dall'infamia che dall'arresto personale (51).

---

4. Della collisione delle obbligazioni.

Dabelow, Versuch einer ausführl. Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Ala 1792, 2 ed. 1804. **Runde,** comm. de historia, indole ac vi remediorum securitatis quibus jure rom. prospectum est creditoribus debitoris oboerati. Gott. 1791. **Schweppe,** das System d. Conkurses der Gläubiger. Kiel 1812. 3 ed Gott 1829. **Gmelin,** die Ord-

(43) L. 10 § 1. C. de bon auct. jud. poss.
(44) L. 10 § 3. C. eod.
(45) L. 10 § 1. L. 6. C. eod.; L. 6 § 7. D. quae in fraud cred. 42. 5.
(46) L. 8 f. C. qui bonis 7. 71.
(47) L. 10 § 2. C. de bon. auct. jud. poss.
(48) L. 11 C. ex quib. caus. inf. 2. 12; L. 8. pr. C. qui bon. ced. 7. 71.
(49) L. 1. 8. C. eod.
(50) L. 1. C. Th. de privati carceris custodia 9. 11; L. 1 C. I. de privatis carceribus inhibendis 9. 5; L. 23. C. I. de episc. aud. 1. 4.
(51) L. 11 C. ex quib. caus. inf; L. 1. C. qui bonis 7. 71.

nung de· Gläubiger bei dem Gantprocesse 1774 5 ed. Stocc. 1813. **Lauterbach,** de privil. creditorum personali simplici (Diss. acad. I n. 59) **Frister,** de privil. creditorum personali. Gott. 1804. **Schenk,** üb. d. Uebergang des Verm. des Gemeinschuldners auf die Gesammtheit der Concursgläubiger (Giess. Zeitschr. XIII. 4). **Gerau,** üb. Verzugszinsen nach erkanntem Concursprocesse (Giess. Zeitschr N. S. II. 7). **Spangenberg,** üb. das Separationsrecht ex jure crediti beim Conc. (Arch. f. civ. Prax. X 19. XIV. 6). **Winkler,** de jure compensationis in concursu creditorum (Opusc. II. 2). Il medes. de famulorum mercenariorum locatione (eod. p. 100 seg.). **Samhaber,** üb. die Priorität der Leichenkosten des Gemeinschuldners im Conc. (Giess. Zeitschr. XIII. 16). **Emmerich,** üb. L. 7 § 2. 3. D. depos. 16. 3. u. L. 21. § 2. D. de reb. auct. jud. poss. 42. 5. (Ibid. V. 5). **Shmid,** nell'Arch. f. civ. Prax. XXX. p. 84. n. 3. **Vangerow** § 593. 594.

Quando più persone hanno dei crediti in confronto di un solo debitore, e questi non è in caso di soddisfarli tutti, ne deriva una collisione di obbligazioni, che vuol essere tolta. In generale valgono intorno ad essa i seguenti principi:

Ognuno dei più creditori può indipendentemente dagli altri e senza riguardo ad essi esigere giudizialmente o stragiudizialmente con tutti i mezzi leciti la prestazione che gli è dovuta; nè alcuno potrebbe muovere lagno perchè altri, quantunque non protetto da migliore diritto, seppe procacciarsi a tempo il completo soddisfacimento. *Vigilantibus jura!* ecco il principio; e il creditore, che ottenne il suo, non può essere obbligato a restituirlo per riguardo degli altri creditori (1). Che se nessuno dei più creditori fosse stato per anche soddisfatto, e tutti domandassero di esserlo, converrebbe distinguere la causa per cui il debitore comune non può soddisfarli tutti.

I. Supponiamo che la collisione sia cagionata non da insolvenza del debitore ma da incompatibilità delle obbligazioni. Il debitore è solvente nel senso che l'attivo supera il passivo; ma egli ha promesso la medesima prestazione a parecchi, e non può, almeno per il momento, somministrarla più d'una volta: come verrà tolta la collisione in questa ipotesi? Il principio che campeggia nelle nostri fonti è quello della prevenzione. Il creditore che primo ha contestata la lite può domandare la prestazione in natura, mentre gli altri debbono star paghi all'equivalente (2): qualora però sieno state promesse simultaneamente delle opere, ciò che decide è il momento della promessa (3).

(1) L. 6 § 7. D. quae in fraud. credit. 42. 8; L. 15. C. de rei vind. 3. 32.; L. 6 C. de her. vel act. vend. 4. 39.

(2) L. 33 f. D. de legat. I.

(3) L. 26 D. locati 19. 2.

II. Molto più di sovente la collisione delle obbligazioni è cagionata dalla insolvenza del debitore. In questa ipotesi si verifica la procedura di concorso, e si tratta di conoscere l'ordine con cui il diritto romano colloca i creditori.

1. Premetto, e quasi non occorrerebbe il dirlo, che la massa non comprendeva quelle cose le quali non appartenevano punto al debitore, o non trovavansi che accidentalmente nelle sue mani, verbigrazia a titolo di locazione, di deposito, di commodato, di pegno ecc. (4); e parimenti la vendita non poteva pregiudicare i *jura in re*, onde i beni venduti fossero aggravati. In specialità per ciò che concerne le ipoteche, se la vendita si faceva col concorso dei creditori ipotecari, il prezzo proveniente dalla vendita dei beni ipotecati serviva prima di tutto a pagarli secondo il rango che occupavano, altrimenti essi conservavano il loro diritto reale qualunque fosse l'acquirente di questi beni (5). Insomma i vindicanti o separatisti *ex jure dominii* non appartenevano propriamente alla classe dei creditori concursuali; ma li precedevano tutti, esercitando un diritto di separazione che suol dirsi ordinario.

2. V'aveano poi delle altre persone, le quali esercitavano un diritto straordinario di separazione, cioè i separatisti *ex jure crediti*. Questi, a differenza dei vindicanti, appartenevano veramente ai creditori concursuali, e non separavano delle singole cose come non appartenenti alla massa, ma una parte della massa medesima coll'unico intento di escludere gli altri creditori. Così ne nascevano due masse di concorso e due processi, che si distinguevano coi nomi di *concursus particularis* e *concursus universalis*. Precisamente la separazione *ex jure crediti* aveva luogo in due casi. Anzitutto quando i creditori dell'eredità e i legatari, temendo un danno per la confusione dell'eredità colla sostanza propria dell'erede, impetravano, come n'avean diritto, di separare l'una dall'altra ed essere pagati coll'ere-

(4) § 41 I. de rer. divis. 2. 1; L. 39. 53. D. de contr. emt. 18. 1; L. 11. § 2. D. emti 19. 1; L. 42. § 2. D. de reb. auct. judic. possid. 42. 5; L. 3. C. qui bonis cedere possunt 7. 71; L. 1. C. de priv. fisci. 7. 73.

(5) L. 6 C. de bon. auct. judic. possid. 7. 72; L. 9. C. qui potior. 8. 18; L. 12. C. de distract. pign. 8. 28.

dità (6). Oltrecciò se uno schiavo o un figlio di famiglia apriva col suo peculio una *taberna*, i creditori che in contemplazione di essa gli avean fatto credenza, potevano chiederne la separazione dal rimanente peculio: anzi cotesta separazione occorreva persino nella ipotesi che il servo o il figlio di famiglia avesse aperto più stabilimenti, e alcuni creditori avessero contratto con lui con ispeciale riguardo ad uno di essi (7).

3. Infine per ciò che concerne i veri creditori concursuali trovo che alcuni avevano la precedenza sugli altri in forza di un particolare privilegio, che dicevasi *privilegium exigendi*, e competeva a certi crediti come tali, senza riguardo se fossero a un tempo assecurati da un diritto di pegno, ond'è che i moderni gli danno anche il nome di privilegio personale. Il privilegio stesso era determinato o secondo la natura del credito, o in considerazione della persona del creditore, per cui si distinguono opportunamente i *privilegia causae* dai *privilegia personae*.

A. I *privilegia causae* erano accordati:

a. alle spese funebri (8);

b. ai denari mutuati per la ricostruzione di un edificio (9);

c. al diritto di risarcimento che spettava al comproprietario, il quale, restaurando un edificio comune, aveva speso più di quello che importava la sua parte (10);

d. ad ogni credito che aveva qualche relazione con una nave, per esempio coll'acquisto, colla costruzione od armamento di essa (11);

e. da ultimo, ai crediti provenienti da un deposito di denaro fatto presso un banchiere senza godimento d'interessi (12).

B. I *privilegia personae* spettavano:

---

(6) Tit. D. de separationib. 42. 6; C. de bon auct. jud possid. seu venumd et de separationib. bonor. 7. 72.

(7) L. 5. § 15. 16 D. de trib. act. 14. 4.

(8) L. 45. 46 § 2. D. de relig. 11. 7; L. 17. pr. D. de reb. auctor. judic. possid. 42. 5.

(9) L. 24 § 1. D. de reb. auctor. judic. possid. 42. 5.

(10) L. 52 § 10. D. pro socio 17. 2.

(11) L. 26. 34 D. de reb. auctor. judic. possid.

(12) L. 7 § 2. 3. L. 8. D. depos. 16. 3; L. 24 § 2. D. de reb. auctor. judic. possid.

a. al fisco per tutti i crediti (13), ad eccezione di quelli provenienti da un delitto (14);

b. al principe e a sua moglie (15);

c. alle città (16);

d. alla donna maritata e alla sposa per la restituzione della dote (17);

e. finalmente ai pupilli pei crediti derivanti dalla amministrazione dei loro affari in confronto dei loro tutori, protutori, procuratori, o altre persone che per semplice amicizia si fossero occupate delle loro bisogne (18).

Quant'è agli effetti, il creditore privilegiato può esigere di venir soddisfatto prima degli altri, mentre i creditori non privilegiati debbono contentarsi di quel che rimane. Vi son poi dei privilegi, i quali non vanno innanzi che ai crediti semplici, rispettando quelli ipotecari, ed altri i quali hanno la precedenza anche su questi. Per tal riguardo sogliono distinguersi i privilegi semplici dai privilegi assoluti; ma affrettiamoci di aggiungere che un privilegio assoluto non compete se non alle spese funebri (19) e ai tributi publici. In caso di collisione tra più creditori privilegiati la precedenza spetta a colui che ha il privilegio più forte. Giova avvertire cioè che non tutti i privilegi hanno la medesima forza. Il primo posto è occupato sempre dalle spese mortuarie (20) e dai crediti del fisco (21), l'ultimo dal deposito di denaro (22): tra gli altri privilegi non havvi assolutamente alcuna precedenza. Più creditori ugualmente

---

(13) L. 10 pr. D. de pact. 2. 14; L. 34 D. de reb. auct. judic. possid.; L. 6. pr. D. de jure fisci 49. 14.

(14) L. 17 D. de jure fisci; L. un. C. poenis fiscal. creditores proeferri 10. 7.

(15) L. 6 § 1. D. de jure fisci.

(16) L. 38 § 1. D. de reb. auctor. judic. possid.

(17) L. un. C. de priv. dot. 7. 74; L. 19 pr. L. 17 §. 1. D. de reb. auctor. judic. possid.; L. 22 § 13 D. sol. matr. 24. 3.

(18) L. 19-23 D. de reb. auct. judic. possid.; L. 42. 44 § 1. D. de adm. tut. 26. 7.

(19) L. 14 § 1. L. 45. D. de relig. 11. 7.

(20) L. 45 D. de relig.

(21) L. 34 D. de reb. auct. judic. possid.

(22) L. 24. § 2 D. eod.

privilegiati, non potendo ottenere il pagamento per intero, l'ottengono *pro rata*, in guisa cioè che ognuno di essi deve acconciarsi ad una proporzionale diminuzione del suo credito. Il tempo invece non accorda preferenza di sorta, giusta quel principio: *privilegia non ex tempore aestimantur sed ex causa, et si ejusdem tituli fuerunt concurrent, licet diversitates temporis in his fuerint* (23). Prelevati i crediti privilegiati, il rimanente va diviso *pro rata* tra gli altri creditori, cui l'abitudine ha dato il nome di chirografari (24).

(23) L. 32 D. eod.
(24) L. 6 C eod. 7. 72.

CAPO SECONDO

Fonti delle obbligazioni

I. DELLE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI IN GENERALE.

In generale non possiamo obbligarci che per un fatto posto da noi medesimi, il quale può essere la manifestazione della nostra volontà che s' accorda colla volontà di colui verso il quale ci obblighiamo; o anche un atto emanato da noi soli e che reca offesa ai diritti d'altra persona verso la quale noi incontriamo un obbligo in conseguenza della lesione che abbiamo commessa. Le vere cause adunque, che danno origine a una obbligazione, sono le convenzioni e i delitti, i quali constano di un duplice momento: un momento soggettivo ed uno oggettivo; e possono far luogo a una doppia obbligazione: l'obbligazione al risarcimento del danno e la obbligazione ad una pena in beneficio del privato.

Queste due cause però, di cui ci occuperemo quanto prima più diffusamente, sono ben lungi dall'esaurire tutta la cerchia delle obbligazioni. Le quali possono derivare anche da altre fonti: *ex variis causarum figuris*, e precisamente tre, che sono: i quasi contratti, i quasi delitti e la legge.

Tra i quasi contratti trovo annoverati: il pagamento di un indebito, la comunione incidentale, la gestione degli affari altrui, l'amministrazione di una tutela e di una cura, e l'obbligazione dell'erede di pagare i legati. Il carattere comune a tutti si è, che hanno il loro prototipo in qualche contratto; cioè il pagamento di un indebito nel mutuo, la comunione incidentale

nella società, la gestione d'affari e l'amministrazione della tutela nel mandato, e la obbligazione dell'erede verso il legatario nel testamento per mancipazione, che più non s' incontra nel diritto giustinianeo, ma che anticamente fu una vera *mancipatio familiae*, in cui il *familiae emtor* assumeva certi obblighi addossatigli dal venditore.

I quasi delitti erano per diritto romano: l' *effusum et dejectum*, il *positum et suspensum*, il *receptum nautarum cauponum et stabulariorum*, e il caso del giudice che per dolo o imprudenza pronuncia una sentenza ingiusta, *si judex litem suam fecit*. In generale havvi un quasi delitto allorquando senza la concorrenza di ambedue gli elementi necessari a costituire un delitto, è nondimeno ammessa una obbligazione. Tale è il loro carattere fondamentale, che si riscontra almeno in tre dei casi suaccennati; perchè nell' *effusum et dejectum*, come eziandio nel *receptum* non havvi che una ingiustizia obbiettiva, mentre nel *positum et suspensum* si verifica bensì una subiettiva illegalità, ma non anche una lesione. Soltanto il caso del giudice che fa sua la lite è difficile a dichiararsi. Questo giudice non commette soltanto una illegalità oggettiva, ma ne commette a un tempo una di soggettiva, perchè la legge suppone una colpa. Nondimeno il caso è annoverato tra i quasi delitti, forse perchè si verifica non solo per dolo e colpa lata, ma anche per colpa lieve.

Per ultimo vi hanno delle obbligazioni che derivano direttamente da una speciale disposizione della legge, e tali sono gli obblighi di costituire la dote, di somministrare gli alimenti, di sepellire i defunti, di rendere testimonianza, di esibire una cosa mobile qualunque, e rispondere dei delitti del servo o dei danni dei propri animali.

II. IN ISPECIE:

1. Delle convenzioni.

A. *Nozioni generali.*

La convenzione in senso lato è l'unione di due o più persone in una concorde dichiarazione di volontà, allo scopo di determinare i loro rapporti giuridici (1). I quali possono essere o rapporti di diritto publico o rapporti di diritto privato. I giureconsulti romani chiamano appunto convenzioni publiche i trattati internazionali (2); ed avvertono che si deve andar cauti nell'applicare ad essi le regole e le forme del gius privato (3). Più variato e frequente è l'uso delle convenzioni nei rapporti privati, e occorre sì nelle obbligazioni come nei diritti reali e nella famiglia. Così a cagione d'esempio la tradizione è una vera convenzione, nè altrimenti le servitù, l'enfiteusi, la superficie e il pegno possono nascere per convenzione. Per simile sono convenzioni di diritto privato anche quelle con cui vengono determinati certi rapporti giuridici nella famiglia, segnatamente il matrimonio, l'adozione, l'emancipazione. Guardiamoci adunque dal considerare la convenzione obbligatoria come la sola. Essa è certamente la più importante di tutte, e quella in cui il carattere convenzionale appare più spiccato ed efficace: ma volendo limitare il concetto di convenzione alla sola convenzione obbligatoria, si viene a confondere la specie col genere ed escludere molti casi importanti dalla sua applicazione.

Del resto tra tutti i casi e le applicazioni suaccennate quella che sola c'interessa e deve occuparci in questo luogo è la convenzione che dà origine ad una obbligazione, che si potrebbe definire: quell'atto con cui due o più persone dichiarano concordemente di voler entrare in un rapporto obbligatorio sur un oggetto di diritto; o meglio: quel negozio giuridico consensuale

(1) L. 1. § 2. 3. 4. D. de pact. 2. 14.
(2) L. 5 D. de pact. 2. 14.
(3) Gai. 3, 94.

in forza di cui una persona promette una prestazione all'altra e questa accetta la promessa; in breve, la promessa accettata di una prestazione.

Dal qual concetto discende molto naturalmente che la distinzione, che suol farsi tra convenzioni obbligatorie e liberatorie non regge a rigor di logica. Io non ammetto che possano esservi convenzioni liberatorie: ma ciò che vien designato con questo nome o non è convenzione di sorta, o è una convenzione obbligatoria. Ordinariamente soglionsi annoverare tra le convenzioni liberatorie: il *pactum de non petendo*, l'*acceptilatio* e il *mutuus dissensus*. Queste due ultime peraltro non sono vere convenzioni. Esse hanno bensì per fondamento il consenso delle parti, e ambedue importano la estinzione di una obbligazione; ma non per ciò sono convenzioni, non essendovi nè promessa nè accettazione. Diversamente il patto di non chiedere è una vera convenzione obbligatoria: il debitore cioè ottiene in confronto del creditore un vero e pieno diritto obbligatorio al non chiedere.

Molto importante è la distinzione che suol farsi tra le convenzioni unilaterali e bilaterali o sinallagmatiche. Essa ha riguardo al tenore della convenzione, ed è una applicazione di quella di ugual nome, che ricordammo parlando delle obbligazioni in generale. La convenzione unilaterale non impone degli obblighi che ad una parte soltanto: in altri termini l'uno dei contraenti non è che creditore e l'altro non è che debitore, e ne nasce così il rapporto più semplice che si possa mai immaginare in una obbligazione. Tali sarebbero: il mutuo, la promessa di donazione e la stipulazione. Invece nella convenzione sinallagmatica ambe le parti contraggono reciprocamente degli obblighi: ciascheduna di esse è creditrice e debitrice ad un tempo; ed è notabile che non si tratta già di un semplice aggregato di più convenzioni od obbligazioni: anzi le due obbligazioni sono congiunte inseparabilmente fra di esse, di maniera che l'una non esiste che per l'altra e coll'altra, e l'una e l'altra formano due parti del medesimo negozio giuridico. Ne segue, che una convenzione di simil fatta deve sempre far luogo a due azioni per garantire i diritti d'ambi i contraenti. Tale è il caso colla compera, colla locazione e colla società. Tra le une e le altre

van poi collocate alcune convenzioni, che pel loro carattere e la loro destinazione non sono che unilaterali, ma nelle quali può darsi che il debitore adempiendo la prestazione, a cui è tenuto, sia portato accidentalmente a subire delle perdite o a fare delle spese, di cui il creditore deve tenergli conto. Insomma può verificarsi eventualmente il caso che anche il creditore si trovi avere degli obblighi verso il debitore in forza di certi fatti sopravvenuti dopo il contratto, ma in conseguenza della esecuzione del medesimo. L' equità esige in questo caso, che il debitore possa costringere il creditore a rimborsarlo, e la legge gli accorda a tal uopo un' azione. La quale però, essendo solo una conseguenza accidentale di certi fatti estrinseci e non una conseguenza diretta della obbligazione primitiva, si chiama azione contraria per distinguerla da quella che risulta direttamente e necessariamente dalla convenzione. I moderni hanno battezzato meno rigorosamente queste convenzioni col nome di convenzioni bilaterali o sinallagmatiche ineguali. Tali sarebbero il commodato, il deposito, il mandato.

Con questa divisione non ne va confusa un' altra, nella quale non si mira al lato giuridico del negozio, ma bensì allo scopo esterno a cui tendono le parti. V' hanno cioè delle convenzioni destinate esclusivamente a procacciare il vantaggio di una parte, e ve n' ha delle altre che mirano al vantaggio d'ambe le parti: le prime diconsi lucrative o gratuite, le seconde onerose. Una convenzione della prima specie deve essere sempre unilaterale; e il vantaggio unilaterale consisterà ordinariamente in un arricchimento, ovverosia in un aumento di patrimonio, ma può consistere anche in altra cosa. Il deposito p. es. non fa certo più ricco il depositante, ma gli procaccia il vantaggio che altri gli custodisca securamente le robe sue. Invece le convenzioni della seconda specie possono essere tanto unilaterali, e sarebbe il caso col mutuo fruttifero, quanto bilaterali, come la compera e la locazione.

La divisione delle convenzioni in *legitimae* ed *juris gentium* non presenta che una importanza storica. Diconsi legittime quelle che hanno una origine affatto civile, e quindi sono ignote al diritto delle genti. Tali erano il *nexum*, la *stipulatio*, la *dotis dictio* e la *literarum obligatio*. Diconsi convenzioni dell' *jus gentium*

quelle che ripetono la loro origine dal diritto generale. Col che però non è a dire, che queste ultime convenzioni abbiano generalmente una minore efficacia. Il concetto della *juris gentium conventio* non esclude che essa possa essere riconosciuta ed avere efficacia nell'*jus civile*; anzi il diritto civile ne riconobbe veramente con pieno effetto le specie più importanti, come il mutuo, la compera, la locazione, ecc.

B. *Condizioni necessarie alla validità delle convenzioni.*

a. *Condizioni relative all'oggetto.*

Gesterding, üb. die Regel: contractus super re aliena valet inter contrahentes (Giess. Zeitschr. XIII. 8). **Thon,** von d. Unabänderlichkeit der dem Mitcontrahenten überlassenen Preisbestimmung (Ibid. X. 7).

S' egli è assolutamente impossibile il determinare a priori la natura delle singole prestazioni, che possono formare obbietto di una convenzione, v' ha però delle condizioni comuni a tutte, delle condizioni cioè, che ogni prestazione deve avere per poter esser posta come oggetto di una obbligazione convenzionale. E per fermo: ogni prestazione vuol essere fisicamente possibile, giuridicamente lecita e determinata. Ecco le condizioni obbiettive di ogni prestazione e ci faremo a considerarle partitamente.

1. La massima che *impossibilium nulla obligatio est*, massima che vale delle obbligazioni in generale, trova in ispecie applicazione anche ai contratti (1). La prestazione vuol essere possibile per se medesima: ecco il principio, da cui ci proveremo a dedurre qualche corollario.

Supponiamo un contratto che avesse per obbietto la prestazione di una cosa, la quale al momento medesimo della sua conchiusione non fosse più in *rerum natura*: evidentemente cotesto contratto non potrebbe tenere, quand'anche gl'interessati fossero pienamente persuasi della esistenza della cosa che effettivamente non esiste (2). E questo principio ne spiega un altro

(1) L. 35 pr. D. de V. O. 45. 1.

che cioè il pericolo è sempre a carico del promissario se l'oggetto vien meno mentre pende la condizione; ma non esclude per nulla che uno dei contraenti possa essere responsabile all'altro *ex capite doli* (3).

Quanto alle cose fuor di commercio c'è discrepanza nelle nostre fonti. Alcune leggi, parlando della stipulazione, stabiliscono che una cosa non commerciabile non può essere oggetto di una prestazione che contradica a questa qualità della cosa, senza badare se sia posta *extra commercium omnium* o solamente *extra commercium promissarii.* Altre invece, parlando della compera, riconoscono un principio ben diverso, che cioè si debba por mente alla circostanza, se la qualità della cosa era nota o no al compratore. Perchè se il compratore sapeva di comperare una cosa fuor di commercio, il contratto era nullo; se invece ne ignorava la qualità, egli aveva l'*actio emti* per ottenere l'estimazione e rispettivamente l'*id quod interest* (5). Havvi peraltro una vera discrepanza tra queste leggi? Non parmi; ma credo anzi che sotto le forme modeste di due decisioni concrete si ascondano due interi gruppi di contratti: i contratti di stretto diritto e quelli di buona fede; i primi coi principii della stipulazione, i secondi con quelli della compera.

Veniamo ad un altro corollario. V'ha una serie di convenzioni, le quali escludono per natura che il loro obbietto possa trovarsi in proprietà di colui che deve riceverlo: che se questi ne fosse nondimeno proprietario il contratto sarebbe nullo. Per tal modo io non potrei farmi promettere da un terzo che mi faccia proprietario di una cosa che è già mia (6); e pel medesimo motivo non vi può essere nè pegno, nè deposito, nè precario, nè compera, nè locazione di cose proprie (7); ammenochè lo scopo della compera o della locazione non fosse di ac-

---

(2) L. 15 pr. L. 57 pr. D. de C. E. 18 1; L. 1 § 9. D. de O et A. 44. 7.

(3) L. 57 § 1. D. de C. E. 18. 1.

(4) L. 1 § 9 in f. D. de O. et A. 44. 7; L. 34. 83 § 5. D. de V. O. 45. 1.

(5) § ult. I. de E. et V. 3. 23; L. 4. 62 § 1. L. 70. D. de C. E. 18. 1; L. 39. § 9. D. de evict. 21. 2.

(6) L. 1 § 10 D. de O. et A. 44. 7; § 14 I. de act. 4. 6.

(7) L. 45 pr. D. de R. I. 50. 17.

quistare l'esercizio del possesso (8), o il proprietario, comprando la cosa propria, mirasse a cambiarne la proprietà limitata in proprietà assoluta; perchè nulla osta a che egli possa p. es. acquistare l'usofrutto dall'usofruttuario, non altrimenti che questi può comperare la proprietà dal proprietario (9). Del resto quando diciamo che v' hanno dei contratti, i quali non tollerano per loro natura che l'obbietto da prestarsi possa essere proprio di colui che deve riceverlo, supponiamo sempre che sieno stati conchiusi in modo assoluto, perchè la cosa cambierebbe aspetto se vi fosse stata aggiunta una condizione. Potrebbe darsi cioè che il promissario avesse durante la pendenza della condizione perduta la proprietà della cosa, e questa proprietà si trovasse invece nelle mani del promittente o d'altra persona al momento in cui la condizione esiste: in questa ipotesi il contratto sarebbe valido; ed è appunto in questo senso che trovo scritto, potersi pattuire *sub conditione* il trasferimento della proprietà di una cosa propria e comperare *sub conditione* la propria cosa (10).

In quella vece non è per nulla necessario alla validità di un contratto che il promittente abbia la proprietà della cosa promessa. Una convenzione potrebbe avere efficacemente per oggetto anche una *res aliena*; e in specialità io potrei farmi promettere da un terzo che mi faccia proprietario di una cosa che al momento non gli appartiene (11); come sarebbe parimenti lecito di vendere una cosa altrui (12), o locarla (13), o consegnarla in commodato (14), o in deposito (15), o pegnorarla (16). Tutto ciò è lecito, nel senso che i contraenti hanno tra loro gli stessi diritti e gli stessi obblighi come se la cosa non fosse di altri; ma s' intende che i diritti del proprietario non ne possono venire pregiudicati. Anzi questi medesimi principii, che

(8) L. 28. 37. D. de possess. 41. 2; L. 34 § 4. D. de C. E. 18. 1.; L. 35. § 1. L. 37. D. de P. A. 13. 7.

(9) L. 16 § 1. D. de C. E. 18. 1.

(10) L. 31. 98 pr. D. de V. O. 45. 1.; L. 61. D. de C. E. 18. 1.

(11) L. 137. § 4 in f. D. de V. O. 45. 1.

(12) L. 28. D. de C. E. 18. 1.

(13) L. 9 pr. L. 7. 24 § 1. D. locati 19. 2.; L. 6 C. eod. 4. 65.

(14) L. 15 D. commod. 13. 6.

(15) L. 31 § 1. D. de depos. 16. 3.

(16) L. 9 § 4. L. 22 § 2. D. de P. A. 13. 7.

stabilimmo per la *res aliena*, valgono eziandio per le cose furtive (17), salva quest' unica modificazione, che la qualità della cosa non deve essere nota al promissario, pena la nullità del contratto (18).

2. Non basta però che l'oggetto della prestazione sia fisicamente possibile: è anche necessario che sia legale. Ogni contratto proibito dalla legge è nullo, e di codeste proibizioni ne abbiamo parecchie, che ricorderemo di mano in mano che ne avremo il destro. Qui basterà accennare a mo' di esempio: il divieto della *Lex commissoria* nel diritto di pegno, il divieto di certi contratti aleatori, il divieto di un *pactum de quota litis* (19), il divieto di tutti i contratti relativi alla eredità di una terza persona, mentre ancora è in vita (20), salvo il caso che essa stessa vi abbia consentito e perseveri nel suo consentimento fino alla morte (21). La legge per altro, ben lungi dal limitarsi a coteste speciali proibizioni, aveva stabilito anche una regola generale, che cioè ogni *pactum turpe*, vale a dire ogni convenzione nella quale si verificasse una turpitudine, sia da parte del promittente o da parte del promissario, fosse radicalmente nulla. Dal qual principio discendono necessariamente le seguenti conseguenze. Ogni convenzione, per cui taluno si obbliga a qualche cosa d' illecito è nulla, perchè turpe (22). Parimenti havvi una convenzione turpe e quindi nulla, se taluno si fa promettere una ricompensa per non commettere una bassezza o un delitto (23), o per fare il suo dovere (24). In questa ipotesi abbiamo una convenzione turpe nei suoi motivi, e se pure la prestazione si fosse verificata, v' avrebbe una *condictio* per ripetere la ricom-

---

(17) L. 16. D. comm. 13. 6; L. 22 § 2. D. de P. A. 13. 7; L. 1. § 39. L. 31. § 1. D. depos. 16. 3.

(18) L. 34 § 3. D. de C. E. 18. 1.

(19) L. 53. D. de pact. 2. 14; L. 1 § 12. D. de extr. cogn. 50. 13; L. 5 C. de postul. 2. 6.

(20) L. 29 § 2. L. 30 D. de donat. 39. 5; L. ult. C. de pact. 2. 3.

(21) L. ult. C. de pact. 2. 3.

(22) L. 26 27. pr. L. 35 § 1. D. de V. O. 45. 1.; L. 57. D. pro socio 17. 2.; § 7. I. de mand. 3. 26.

(23) L. 7. § 3. D. de pact. 2. 14; L. 1. § ult. L. 2 pr. D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

(24) L. 2 § 1. L. 9 D. eod.

pensa pagata. Col che si collega quest'altra determinazione, che è nulla parimenti ogni convenzione, la quale contenga anche solo un eccitamento a qualche cosa di turpe, come sarebbe un patto *de dolo non praestando*, o la promessa di non agire per furto, per ingiuria o altro delitto, nel caso che il promissario fosse in procinto di commetterne uno contro il promittente (25).

3. È necessario da ultimo che l' obbietto della prestazione sia determinato; perchè se la prestazione fosse vaga, generale, in una parola indeterminata, se non fosse stabilito se, che cosa e quanto uno deve prestare all' altro, la convenzione sarebbe nulla (26). Il che non toglie però che la determinazione possa essere fatta, riferendosi ad altra cosa già determinata; verbigrazia se il compratore di una cosa convenisse di dare quel medesimo prezzo che era stato pagato dal venditore per averla (27). Parimenti è lecito di abbandonare la determinazione anche di alcuni punti essenziali all'arbitrio di una terza persona, come a cagion d' esempio: la determinazione del prezzo in una compera, la determinazione del canone nella locazione (28), la partecipazione dei lucri e delle perdite in una società (29). In tutti questi casi havvi almeno la possibilità di ottenere una determinazione futura, e la convenzione si risguarda come condizionata, per cui vale quando il terzo ha effettivamente arbitrato: altrimenti è senza efficacia di sorta. Ad ogni modo la prestazione non vuol essere rimessa alla volontà del promittente giusta la regola: *nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit* (30). In specialità questa dimanda: s'egli abbia generalmente ad essere obbligato, non può venire abbandonata all'arbitrio di lui (31); quantunque sia lecito di far dipendere il suo obbligo da una condizione per lui potestativa, al cui adempimento potrebbe essere indotto da motivi indipendenti dalla convenzione (32). Nè tampoco può dipendere dalla sua

(25) L. 27 § 3. 4. D. de pact. 2. 14.
(26) L. 1. C. de dot. promiss. 5. 11; L. 115 pr. D. de V. O. 45. 1.
(27) L. 7 § 1 D. de C. E. 18. 1.
(28) L. ult. C. de C. E. et V. 4. 38.
(29) L. 75-80. D. pro socio 17. 2.
(30) L. 108 § 1 D. de V. O. 45. 1.
(31) L. 7 pr. D. de C. E. 18. 1.; L. 46 § ult. D. de V. O. 45. 1.
(32) cf. L. 115 § 1 D. de V. O. 45. 1.

volontà quest'altra dimanda: che cosa voglia prestare (33); quantunque sia permesso di lasciarne la determinazione al suo *giusto* criterio, perchè l'*arbitrium boni viri* non è un arbitrio assoluto (34). Quant' è al tempo, esso può venire abbandonato all'arbitrio del promittente senza che la convenzione sia nulla fin dalle prime; ma se egli morisse senza aver presa alcuna determinazione, la convenzione rimarrebbe spoglia di effetto (35).

---

b. *C ondizioni relative ai subietti.*

Gesterding, jugendliches Alter im Gebiet des Rechtes (Ausbeute II. I) **Savigny,** v. dem Schutz der Minderiährigen im R. R. (Verm. Schr. II. 18). **Rudorff,** das Recht der Vormundschaft 3. v. Berl. 1832-34. **Marezoll,** nella Giess. Zeitschr. II. p. 374 seg **Bachofen,** die Veräusserungsverbote u. Beschränkungen (Ausgewählte Lehren des R. R. Bonn. 1849). **Vangerow** § 279. 291.

Generalmente parlando, tutti sono capaci di conchiudere una convenzione: ma questa regola patisce delle eccezioni.

Coloro che giuridicamente sono privi d' intelletto non possono assolutamente contrattare, e tali per diritto romano erano gl' infanti, i furiosi e i dementi. Queste persone non potevano nè acquistare diritti nè assumere degli obblighi con una convenzione (1), e neppure in via naturale (2). I furiosi per altro potevano avere dei lucidi intervalli, e quasi non occorrerebbe avvertire che tutti gli atti che intrapprendevano in questa condizione di animo, e quindi altresì le loro convenzioni, avevano i medesimi effetti giuridici degli atti di coloro che erano sani di mente (3): fuori di questo caso la loro incapacità era assoluta come per gli infanti. Coloro che si trovavano in tale accesso di

---

(33) L. 1. C. de dot. promiss. 5. 11.; L. 115 pr. D. de V. O. 45. 1.
(34) L. 3. C. de dot. promiss. 5. 11.
(35) L. 46 § 2. D. de V. O. 45. 1.
(1) L. 1. § 12. 13. D. de O. et A. 44. 7; L. 5. D. de R. I. 50. 17.; L. 2. C. de C. E. et V. 4. 38; L. 70 D. de V. O. 45. 1.
(2) L. 70. § 4. D. de fidej. 46. 1.
(3) L. 2 C. de C. E. et V. 4. 38.

collera da essere privi dell'uso della ragione erano pure colpiti momentaneamente da assoluta incapacità (4).

Altre persone invece erano solamente limitate nella loro capacità, cioè i prodighi, gl' impuberi e i minori.

I prodighi vengono bensì pareggiati ai furiosi; ma cotesto pareggiamento non è assoluto. Propriamente la legge non li pareggia se non riguardo a quegli affari, che importano una diminuzione del loro patrimonio (5); per cui il prodigo avea bensi la capacità di creare una obbligazione per convenzione, ma non poteva obbligarsi senza curatore a dar fuori qualche cosa delle proprie sostanze. Una convenzione di simil fatta non aveva forza di vincolarlo nè anche in via naturale, ond'è che neppure una fideiussione poteva venir costituita pel suo adempimento (6).

Quant' è agli impuberi, era opinione accettata da alcuni giureconsulti, che non diferissero gran fatto dal furioso o dall'infante se prossimi all' infanzia, perchè i pupilli di quella età non avevano intelletto; senonchè prevalse la interpretazione più benigna, che cioè dovessero avere il medesimo diritto che i prossimi alla pubertà (7). D' altronde codesto diritto era diverso a seconda che l' impubere era *sui juris* o *filiusfamilias*. L' impubere *sui juris* sottostava necessariamente alla tutela, e coll'autorità del tutore poteva anche assumere degli obblighi e peggiorare la sua condizione (8). Invece poteva bensì colle sue proprie azioni acquistare dei diritti (9): anzi poteva persino venire obbligato se l'azione nasceva *ex re* (10); ma ogni obbligo assunto colla sua volontà era nullo da sè per diritto civile (11)

(4) L. 48 D. de R. I. 50. 17.

(5) L. 40. D. de R. I. 50. 17.; L. 20. D. de aq. et aq. pluv. arc. 39. 4.

(6) L. 6 D. de V. O. 45. 1.

(7) L. 1 § 13. D. de O. et A. 44. 7; § 10 I. de inutil. stipul. 3. 19.

(8) pr. I. de auct. tut. 1. 21; cf. L. 28 pr. D. de pact. 2. 14.

(9) § 9. 10. I. de inut. stip. 3. 9.; L. 28. pr. D. de pact. 2. 14; L. 9. pr. D. de auct. et cons. 26. 8; L. 11 D. de adqu. rer. dom. 41. 1.; L. 9 D. de novat. 46. 2.; L. 2. D. de accept. 46. 4.

(10) L. 46 D. de O. et A. 44. 7.; L. 29 pr. D. comm. divid. 10. 3.; L. 2. D. comm. 13. 6.; L. 33. D. pro socio 17. 2.

(11) L. 8. pr. D. de acqu. vel om. hered. 29. 2.; L. 43. D. de O. et A. 44. 7.; pr. I. de auct. 1. 21.; L. 1. § 2 D. de const. pec. 13. 5.; L. 9. D. de inst. act. 14. 3.

senza bisogno di restituzione (12). Il qual principio fu già assoluto, finchè Antonino Pio accordò generalmente gli effetti civili a tutte le obbligazioni, che il pupillo avesse conchiuso senza l'autorità del tutore in quanto e' se ne trovasse locupletato al momento della contestazione della lite (13). Per il che se avesse conchiuso una convenzione, la quale da un lato gli procacciava dei diritti, mentre dall'altro gl' imponeva degli obblighi, converrebbe dire, non già come suol dirsi comunemente che spettava la scelta al pupillo di mantenerla o no, ma che l' altra parte era tenuta sempre e completamente a tutti gli obblighi assunti, mentre il pupillo non vi era tenuto *civiliter* che in quanto *locupletior factus est* (14). Perciò che concerne agli impuberi soggetti a patria potestà, essi non potevano mai obbligarsi civilmente neppure coll'autorità paterna: *ne auctore quidem patre obligantur* (15).

Non altrimenti i minori erano limitati nella capacità di contrarre, ma in più scarsa misura. Il minore poteva generalmente conchiudere d'ogni maniera negozi, e quindi anche validamente obbligarsi da sè senza l' intervento di chichessia, tanto se era *sui juris* (16), quanto se era *in potestate* (17): ma non poteva con un atto di alienazione realizzare gli obblighi assunti. Precisamente, il minore che non era soggetto a stabile curatela, e persino coloro i quali avevano ottenuta la venia della età, non potevano alienare validamente un immobile senza un superiore decreto(18): i minori che avevano una curatela stabile non potevano alienar nulla da se senza il consenso del curatore (19); ma la convenzione per se stessa non era nulla *ipso jure*.

(12) L. 16. pr. D. de minor. 4. 4.; L. 6 § 5. D. de confessis 42. 2.

(13) L. 5. pr. D. de auct. et cons. 26. 8.; cf. L. 3. § 4. L. 6. pr. L. 34. 37. pr. D. de neg. gest. 3. 5.; L. 3 pr. D. commod. 13. 6 ; L. 10 D. de instit. act. 14. 3.; L. 8. § 15. D. ad S. C. Vellej. 16. 1.; L. 1. § 15. D. depos. 16. 3.; L. 1. pr. D. de auct. et cons. 26. 8.; L. 66. D. de solut. 46. 3.

(14) pr. I. de auct. tut. 1. 21.; L. 13. § 29. D. de A. E. 19. 1.; L. 5. § 1. D. de auct. et cons. tut. 26. 8.

(15) L. 141 § 2. D. de V. O. 45. 1.; § 10 in f. I. de inut. stip. 3. 19.

(16) L. 43 D. de O. et A. 44. 7 ; L. 101 D. de V. O. 45. 1.

(17) L. ult. § 2. D. do V. O. 45. 1.

(18) L. 3. C. de his qui ven. aet. 2. 45.

(19) L. 3 C. de in int. rest. min. 2. 22.

c. *Condizioni relative alla determinazione della volontà.*

aa. *Il consenso.*

Ger. v. Stökken, de pollicitatione disp. I. Argent. 1677, disp. II. e III. 1679; **Barth,** de pollic. imprimis in specie sic dicta Ala 1779. **Texter,** de obligatione ex voto. Altdorf. 1673. **Bülow,** üb. die Verbindlichkeit aus der Auslobung einer Prämie (Abhandl. I n.11). **Marezoll,** gehört zur Gültigk. der Pollicitation die persönl. Gegenwart der Pollicitanten? (Giess. Zeitschr. I. 19). — **Hasse,** üb. die Abschliessung eines Contracts durch Briefe (Rhein. Mus. II. 15). **Wening,** üb. d. Zeitpunkt der Gültigk. eines unter Abwesenden geschlossenen Vertrags (lb. XIX. 5). **Scheurl,** Beitr. n. 12 e negli Iahrb. für Dogm. II. 5. **Bekker,** üb. Verträge unter Abwesenden (nei suoi Iahrb. II. 11). **Serafini,** il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale Pavia 1866.

Ogni convenzione suppone necessariamente il consenso: una semplice proposizione non ha forza obbligatoria, e similmente una promessa, che non sia accettata, non obbliga a nulla.

Nondimeno anche una *pollicitatio*, come è detta la promessa unilaterale non accettata da nessuno (1), era obbligatoria in tre casi: quando veniva costituita una dote, quando era fatta in favore di una città e quando aveva una relazione religiosa. Della promessa fatta per costituire una dote parleremo più ampiamente in altra occasione. Il voto, come chiamavasi la promessa quando avea una relazione religiosa, cioè quando consisteva nel consecrare qualche cosa a Dio, avea forza obbligatoria, purchè fatta da un pubere non soggetto a patria potestà, e vincolava anche gli eredi (2). Nè altrimenti era efficace la promessa fatta in favor di un comune, ma con qualche restrizione che vuol essere osservata. Perchè prima di tutto occorreva una *justa causa pollicitationis*, che poteva consistere in una dimostrazione d'onore, *ob honorem decernendum vel decretum*, in una publica calamità e simili: anche la cominciata esecuzione di un'opera promessa valeva per giusta causa (3). Del resto la diversità della causa importa eziandio degli effetti diversi. Se la pollicitazione era fatta *propter honorem*, il pollicitante e i suoi eredi avevano senz'altro l'obbligo di mantenere la promessa (4): fuori di questo

(1) L. 3 pr. D. de pollic. 50. 12.
(2) L. 2. D. de pollic.
(3) L. 19. pr. D. de donat. 39. 5; L. 1 § 1-5 L. 4. 7. D. de pollic.
(4) L. 6. 9. D. de pollic.

caso, il pollicitante, caduto in miseria, poteva liberarsene, cecendo la quinta parte del suo patrimonio al municipio. Quant'è agli eredi, la obbligazione non passava ad essi, che trattandosi di un *opus coeptum* : ma anch'essi potevano liberarsene cedendo la quinta parte della eredità se estranei, la decima se figli (5). Ad ogni modo non dimentichiamo che la pollicitazione è una eccezione alla regola, e fuori dei casi suaccennati è necessario sempre il concorso del creditore e del debitore perchè la convenzione abbia effetto.

Precisamente deve esservi la materiale concordanza della volontà d'ambe le parti : ma sarebbe errore il credere che ogni negozio giuridico basato sul consenso fosse per ciò solo una convenzione. La semplice esistenza del consenso non basta a ciò ; ma occorre che sia manifestato esternamente, cioè espresso. Anzi neppure la dichiarazione può riguardarsi come sufficiente; perchè è duopo altresì che ciascheduna delle parti sia istrutta del consenso dell'altra ; o per dirla in altri termini, il consenso vuol essere scambiato perchè la convenzione sia veramente perfetta.

Ciò posto, cade da sè una famosa controversia circa il momento in cui una convenzione conchiusa tra persone assenti potrà dirsi esistente. Alcuni vogliono datarne la esistenza dal momento in cui fu scritta la lettera di accettazione: ma questa teoria è assolutamente erronea. E per fermo: chi ha scritto di accettare potrebbe nondimeno ritirare il suo assenso ; ma se egli può questo, il consenso non è certamente perfetto per lui, e se non lo è per una parte nol può essere per l'altra. Nè importa che la lettera sia stata o no consegnata a un messo o alla posta, perchè lo scrivente, sebbene con maggiori difficoltà di fatto, potrebbe nondimeno impedirne la consegna. Noi diremo piuttosto: non essere perfetto il consenso se non dal momento in cui la lettera di accettazione si trova nelle mani di quegli a cui è diretta. Solo da questo istante la convenzione è valida e non ammette più rivocazione. D'altronde l'accettante, prima ancora della perfezione del contratto, può sotto certe circostanze essere tenuto al risarcimento *ex capite doli,* qualora cioè revocasse maliziosamente il consenso che ha dato.

---

(5) L. 9. 11. 14. D. de pollic.

Può accadere talvolta che un atto presenti ostensibilmente il carattere di una convenzione, quantunque difetti veramente del consenso, perchè un errore, il dolo o una violenza possono viziare o togliere affatto la volontà. Importa adunque di conoscere l'influsso che queste tre circostanze esercitano sulla validità del consenso.

---

bb. *Influenza che sul consenso possono esercitare :*

α. l' errore.

Herrmann, v. den Wirkungen des Irrthums. Wetzl. 1811 Il medes. Beiträge zur Lehre vom Irrthum (Giess. Zeitschr. N. S. III. 3. 6. IV. 12. V. 3. VI. 9. VII. 4. 7. VIII. 5). **Carathéodory,** de l'erreur en matière civile Par. 1850. **Kern,** de errore contrahentium Gott. 1806. **Kritz,** de erroris facti in emt. effectibus Lips. 1813. **de Wael,** de errore in conventionibus. Traj. ad Rh. 1821. **Valett,** prakt. theor. Abhandl. n. 5. **Hoffmann,** nei suoi zivil. Versuche n. 7. **Richelmann,** comm. de facti errore in conventionibus Gott. 1832, rifusa poi in quest'altra sua opera: Einfluss des Irrthums auf Verträge. Annover 1837. **Vangerow** § 604.

L'errore, cioè la falsa conoscenza o anche la non conoscenza di una cosa, che più propriamente si addimanda ignoranza, ma che le nostre fonti mettono ordinariamente a paro dell'errore può rendere nulla la convenzione; ma sarebbe eresia il credere che ogni convenzione debba esser nulla pel semplice fatto che un errore ha influito sulla determinazione della volontà. Converrà dunque distinguere. Manifestamente l'errore non può essere causa di nullità se non in quanto sia applicabile la regola che *errantis nulla est voluntas*, cioè quando esclude onninamente il consenso che è necessario perchè la convenzione abbia vita. Un errore di tal fatta suole chiamarsi essenziale, e si verifica particolarmente ove cada sulla natura medesima della convenzione o almeno sovra uno degli elementi essenziali della prestazione. Mi spiego.

Vi sarà errore sulla natura medesima della convenzione quando ciascheduna delle parti ha di mira una convenzione diversa; e nessuno potrà negare che codesto errore non sia causa di nullità (1).

---

(1) L. 18 D. de R. C. 12. 1; L. 9. pr. D. de contr. emt. 18. 1; L.

Vi sarà errore sovra uno degli elementi essenziali della prestazione quando ciascheduno dei contraenti pensa ad un oggetto affatto diverso, ovverosia quando l'errore cade sull'oggetto stesso della convenzione, *error in corpore*, e anche questo avrà la forza di annullare la convenzione (2); ma se concerne unicamente al nome della cosa (3), oppure all' identità di una accessione (4), la convenzione mantiene la sua validità.

Per simile un errore sulle qualità della cosa può essere essenziale, ma solo nella ipotesi che questa, per la qualità erroneamente presunta, e giusta le idee veramente accettate in commercio, dovesse venir ascritta ad altra specie di cose che non a quella a cui effettivamente appartiene. Nè credo s' abbia punto a distinguere, come suol farsi comunemente, tra *error in substantia* ed *error in bonitate*, che sono concetti giuridicamente irrelevanti (5). A cagion d' esempio, se taluno compera degli utensili di bronzo o d'altro ignobile metallo, credendo che sieno d'oro o d'argento, la convenzione è nulla; del pari che se fossero solamente coperti di piastre d' oro o d'argento, mentre egli li crede massicci (6). Se invece l'oro o l'argento fossero soltanto d'inferiore qualità, egli è certo che codesto errore non potrebbe esercitare alcuna influenza sulla validità della convenzione (7). Ugualmente, la convenzione è nulla se alcuno compera dell'aceto per vino (8), o una schiava per uno schiavo (9); ma conserva invece tutta la sua efficacia se il vino non è diventato che acido, o il compratore versa in errore circa la verginità della schiava.

Anche la quantità dell'obbietto può, a seconda delle circo-

---

3 § 1. D. de O. et A. 44. 7; cf. L. 5 pr. D. de neg. gest. 3. 5.

(2) L. 57 D. de O. et A. 44. 7; L. 9 D. de C. E. 18. 1; L. 83 § 1. L. 137 § 1. D. de V. O. 45. 1; L. 10 C. de donat. 8. 54; § 23. I. de inut. stip. 3. 19.

(3) L. 9 § 1. D. de C. E. 18. 1; L. 80 D. de judic. 5. 1; L. 32. D. de V. O. 45. 1.

(4) L. 34 pr. D. de C. E. 18. 1.

(5) Savigny, System 3, 276.

(6) L. 9 § 2. D. de contr. emt. 18. 1; L. 41 § 1 D. eod.

(7) L. 10. 14. D. de C. E. 18. 1.; L. 45 D. eod.; vedi Vangerow § 604.

(8) L. 9 § 2 D. de C. E. 18. 1.

(9) L. 11 § 1 D. eod.

stanze costituire un elemento essenziale o indifferente del consenso; e quindi agire o no sulla validità della convenzione. Se oggetto della prestazione è appunto una quantità, e ognuna delle parti ne pensa un' altra, converrà distinguere tra convenzioni unilaterali e sinallagmatiche. Quelle della prima specie rimangono sempre valide, nel senso che vuol essere prestata la quantità minore, perocchè il meno sia contenuto nel più, e fino a questo limite esista veramente il consenso (10). In quella vece, trattandosi di una convenzione bilaterale, l'errore ne importa la nullità, se la parte la quale ha promesso la quantità immaginava di dar meno che non il promissario di ricevere: ma nel caso inverso anche la convenzione bilaterale resta valida fino alla concorrenza della quantità minore (11). Prescindendo però dalla ipotesi, che ciascheduna delle parti volga nell'animo una quantità diversa, e supponendo che ambedue sieno veramente d'accordo intorno ad essa, non trovo che un errore nella quantità dell'obbietto possa mai invalidare la convenzione. E per fermo: se oggetto della convenzione fosse appunto una determinata quantità di una cosa, e per errore ne venisse consegnata una quantità maggiore o minore, spetterebbe bensì al promittente la *condictio indebiti* per ripetere il soverchio, mentre il promissario potrebbe coll'azione del contratto esigere la deficienza (12): ma la convenzione per se medesima non sarebbe certamente affetta da nullità. Nè ciò vale unicamente del caso in cui una quantità forma l'oggetto della prestazione; ma trova applicazione anche allorquando si alieni una cosa determinata. Ed infatti, supponiamo che ne fosse indicata la quantità e determinato il prezzo, non già in riguardo al tutto, ma giusta le singole sue parti; in questa ipotesi v'avrebbe sempre un aumento e rispettivamente una diminuzione del prezzo, se la quantità fosse stata erroneamente indicata come più piccola o più grande di quello che è realmente: ma anche qui l'errore non potrebb'esser tale da escludere la volontà (13). Supponiamo invece, che la cosa, la

(10) L. 1 § 4. D. de V. O. 45. 1.

(11) L. 52 D. locati 19. 2.

(12) L. 18 § 3. D. de dolo malo 4. 3; L. 5 § 1 D. si mensor fals. mod. dixer. 11. 6; L. 26 § 4-6 D. de cond. indeb. 12. 6.

(13) L. 40. § 2 D. de C. E.

quale costituisce l'ogggetto della obbligazione, non sia stata alienata, come nella ipotesi precedente, giusta le singole parti di essa, ma nella sua totalità, e l'una o l'altra delle parti la tenga per maggiore o minore di quello che realmente non è. Anche in questo caso l'errore non potrebbe dirsi essenziale: ma se il promittente aveva dato meno di quello che aveva promesso, il promissario poteva nelle convenzioni unilaterali esigere l'interesse, nelle bilaterali una proporzionata diminuzione del correspettivo (14), persino se per accessione od altro caso fortuito la cosa avesse veramente raggiunta la grandezza convenuta, ammenochè il promittente non fosse affatto in buona fede (15). Il promittente invece, che per errore aveva dato di più non poteva in nessun modo esigerne la restituzione, dal momento che il venditore per es. deve persino rispondere della evizione nel caso che una parte della cosa venduta venga evinta, e il rimanente basti nondimeno a raggiungere completamente la promessa grandezza (16). Se la convenzione abbracciava più cose, una delle quali era maggiore della promessa e l'altra minore, l'una veniva naturalmente compensata coll'altra (17).

L'errore sulla persona di colui che deve fare o ricevere la prestazione può essere un motivo di nullità secondo che l'individualità di questa persona costituisce o no un elemento essenziale della prestazione. Precisamente l'errore può versare sulla identità di essa, oppure sovra le sue qualità. L'errore sulla identità della persona importerà di regola la nullità della convenzione (18), salvo il caso che non impedisse punto il consenso. L'altro errore invece non potrebbe esser preso in considerazione se non in quanto la presunta qualità esercitasse una influenza sulla prestazione medesima, che forma l'oggetto della obbligazione. Per il che sarà essenziale o no secondo gli identici principii che abbiamo stabiliti più sopra parlando dell'errore che cade sulle qualità dell'obbietto. In altri termini: sarà essenziale se pel difetto della qualità erroneamente presunta la prestazione

(14) L. 69 § 6. D. de evict. 21. 2.
(15) L. 13 § 14. D. de A. E. V. 19. 1.
(16) L. 45 D. de evict. 21. 2.
(17) L. 42. D. de A. E. V. 19. 1.
(18) L. 32 D. de R. C. 12. 1; L. 52. § 21 L. 66. § 4. D. de furt. 47. 2.

dovesse venir annoverata ad una diversa specie che non è quella a cui appartiene; sarà invece privo di ogni qualunque influenza, se la prestazione per quel difetto non dovesse riescire che meno buona o adatta. D'altronde ciò non esclude che possa ad ogni modo avervi un qualche rimedio per la parte che versa in errore nel caso di una speciale promessa, o di dolo, o d'altra circostanza.

Un' altra specie di errore è quello che concerne la relazione giuridica delle parti coll'obbietto: *error in dominio*, il quale si manifesta in varia maniera. Il promittente può credere di disporre di una cosa propria mentre effettivamente non ne è proprietario (19), o credere di disporre di una cosa altrui mentre egli medesimo ne ha la proprietà (20); o il promissario può ricevere una cosa del promittente credendo che appartenga a un terzo (21), o ricevere una cosa sua propria credendola del promittente (22). Qualunque però sia il modo, onde questo errore si manifesta, egli non eserciterà mai come tale alcuna influenza sulla convenzione. La quale può essere bensì nulla per la impossibilità dell'obbietto, e quindi perchè difetta di un suo essenziale elemento, come nella ipotesi in cui il promissario ricevesse una cosa propria credendola del promittente, non potendo avervi nè pegno, nè deposito, nè precario, nè compera, nè locazione di cosa propria; ma l'errore per se medesimo non potrà mai riguardarsi come essenziale.

Parimenti l'errore sui motivi che ci han potuto determinare alla convenzione, non sarà mai una causa sufficiente di nullità, tra perchè non toglie punto che si abbia voluto e consentito, e perchè una legislazione, la quale s' inspirasse ad altri principii, non potrebbe che distruggere ogni sicurezza e stabilità in fatto di obbligazioni. La qual verità fu sancita dai Romani, non saprei se con più energia o conseguenza (23). Solo colui, che fa-

---

(19) L. 28. 34 § 3. D. de C. E. 18. 1.

(20) L. 49 D. mand. 17. 1.

(21) L. 9 § 4 D. de jur. et facti ignor. 22. 6; L. 4 § 1. D. manum. vind. 40. 2.

(22) L. 45 pr. D. de R. I; cf. L. 15 D. depos 16. 3; L. 16 pr. D. de C. E. 18. 1; L. 9. § 6. D. locati 19 2; L. 21. 33 § 5. D. de usuc. 41. 3.

(23) L. 3 § 7. in f. D. de cond. causa data 12. 4; L. 52. 65 § 2.

ceva una promessa nell' idea di esservi giuridicamente tenuto, come a cagion d' esempio se vendeva una cosa credendo erroneamente *se damnatum vendere*, aveva e la *condictio indebiti* e persino una *exceptio* contro l'azione del compratore (24): ma cotesta singolarità è facilmente spiegabile per poco si pensi che il motivo in questa ipotesi ha pure una certa relazione giuridica colla dichiarazione della volontà.

Aggiungo, che l'errore, qualunque ne sia la specie, od è essenziale, e importa la nullità della convenzione; o è meno essenziale o concomitante, e non può neppure obbligare l'una o l'altra parte a pagare il danno e l' interesse, o esercitare altra influenza, neppure nelle convenzioni sinallagmatiche. Non si potrebbe adunque esigere in base ad esso nè un aumento nè una diminuzione del correspettivo, ammenochè non vi fossero di mezzo altre circostanze, come una lesione enorme, o il dolo, od una esplicita promessa. Concorrendo una di queste circostanze, la cosa cambierebbe aspetto; e noi abbiamo già veduto parecchi esempi di rimedi giuridici accordati a chi versa in errore, come la *condictio indebiti*, con cui il promittente può ripetere ciò che ha dato di più, o l'azione stessa del contratto, con cui il promissario può esigere la deficienza. Teniamo però fermo: quello che a prima vista parrebbe effetto dell'errore, vuol essere invece ascritto ad altre circostanze e si verifica sempre indipendentemente da esso. L'opinione che vorrebbe condannata nei danni e interessi una parte che non ha nulla da rimproverarsi, deve la sua origine a ciò, che alcune decisioni romane, nelle quali non si trattava già di un semplice errore, ma o di lesione enorme, o di una frode, o della promessa di certe qualità, furono falsamente applicate alla nostra materia. Sempre poi che si verifichi un errore essenziale, cioè il solo errore che possa venir preso in considerazione, non importa punto ch' e' sia scusabile o no. Anche quell'errore, il quale è il risultato di una crassa negligenza, e che senza gravi difficoltà si avrebbe potuto evitare, opera nondimeno, purchè essenziale, sulla convenzione, ovverosia la distrugge, perchè esclude il consenso.

D. de cond. indeb. 12. 6; L. 18 § 3. L. 38 D. de dolo malo 4. 3; L. 49. D. mand. 17. 1; L. 34 pr. D. de C. E. 18. 1.

(24) L. 5 § 1. D. de A. E. V. 19. 1.

β *Il Dolo.*

Noodt, de forma emendandi doli mali (Opp. I p. 350 seg.). **Nettelbladt,** de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu Ala 1744. **Braun,** vom Betrug in Verträgen (Erlang. gelehrt. Anzeig. 1752). **Gmelin,** von den Folgen des Betrugs bei Verträgen (jur. Beobactung. u. Rechtsfälle II. 13). **Glück** IV. p. 108 seg. **Neustetel,** bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla Eidelb. 1818. **Valet,** üb. dolum causam dans u. incidens (Abh. des röm. Privatr. Gott. 1824 n. 2). **Basshirt** nella sua Zeitschr V. p. 205 seg. **Vangerow** § 605.

Ciò che dicemmo dell'errore vuol essere applicato in parte anche alla frode, che i Romani chiamavano *dolus malus* ed era ogni scaltrimento, ogni fallacia, ogni macchinazione adoperata con fini egoisti per circuire, gabbare o truffare l'altra parte, insomma ogni inganno diretto a ottenere un vantaggio qualunque con altrui iattura (1).

Naturalmente il dolo suppone sempre un errore, sia che il faccia nascere o tragga semplicemente partito da un errore esistente, sotto l'impero del quale la persona ingannata contrae l'obbligazione. S' intende adunque innanzi tutto che la convenzione sarà nulla ogniqualvolta questo errore sia un errore essenziale, cioè tale che il consenso ne rimanga escluso, o almeno la legge lo ritenga escluso, perocchè senza consenso non possa avervi convenzione. In pari tempo sarà chiaro, essere in questi casi affatto indifferente che la frode sia derivata da uno dei contraenti oppure da una terza persona: la convenzione sarà sempre colpita da nullità.

Supponiamo invece che l'errore prodotto malignamente dall' ingannatore o da lui usufruttato non sia essenziale. In tale ipotesi non si può dire che la convenzione sia nulla, perchè la parte tratta in inganno vi ha acconsentito, e quando v' ha consenso v' ha convenzione, qualunque sia il modo con cui il consenso è stato ottenuto. Infatti, se come vedremo, vennero introdotti dei rimedii contro la frode, ciò fu perchè le convenzioni quantunque estorte con inganno, producevano una vera obbligazione, e altrimenti sarebbero stati inutili. Per cui non farà punto meraviglia che la parte, la quale ha praticato il dolo, non possa sottrarsi alla esecuzione della convenzione dal momento che l'in-

(1) L. 1. § 2. D. de dolo malo 4. 3.

gannato volesse lasciarla sussistere (2). Ancora, un debito, quantunque proveniente da macchinazione fraudolenta, è nondimeno capace di novazione (3), il che suppone di necessità che questo debito esista. Si aggiunge che colui il quale compera con inganno una cosa, ne acquista ciononpertanto la proprietà, e se alla sua volta ne fa alienazione ad altra persona, il primo venditore non può certo sperimentare la rivendicazione contro questo terzo (4). In onta a tutto ciò alcuni sostengono che le obbligazioni di buona fede estorte con dolo, sieno originariamente nulle, e allegano alcuni testi, i quali però non ne favoriscono l' opinione che apparentemente (5). Ad ogni modo non si potrebbe ammettere che una eccezione pel contratto di società (6), e spiegarla a sufficienza col carattere particolare di questo contratto, il quale, come vedremo, presenta anche altre singolarità. Fuori di questo caso la legge romana non deroga punto al principio fondato nella natura stessa delle cose: che cioè la convenzione, quantunque estorta con dolo, costituisca nondimeno un vincolo obbligatorio.

D'altra parte sarebbe stato contrario ai principii di equità il sacrificare la buona fede alla frode, e lasciare la onesta semplicità degli uni alle prese colla malizia consumata degli altri. Che se nei negozi di buona fede la natura medesima di queste convenzioni metteva le parti al coperto dal dolo; in quelli di stretto diritto giovavano ad esse alcuni rimedi introdotti col tempo dal pretore, i quali rendendo omaggio a quel principio di equità naturale, dovevano paralizzare o in tutto o in parte la efficacia del vincolo stretto colla frode.

Fino da remotissimi tempi, come accennammo altrove, valeva in diritto romano il principio, che nei giudizi di buona fede appartenesse all'*officium judicis* di prendere in considerazione anche il dolo: importante principio, il quale profittava all' ingannato

(2) L. 13 § 27. 28 D. de A. E. V. 19. 1; L. 30 C. de transact. 2. 4.
(3) L. 19 D. de novat. 46 2; Cic. de offic. 3. 14; Cons. vet. Jcti 9. 9.
(4) L. 10. C. de resc. vend. 4. 44.
(5) L. 7 pr. D. de dolo malo 4. 3; L. 16 § 1. D. minor. 4. 4; L. 3. § 3 D. pro socio 17. 2; L. 1. 5. C. de resc. vend. 4. 44; vedi Vangerow § 605 n. 1.
(6) L. 16 § 1 D. de minor. 4. 4; L. 3 § 3 D. pro socio 17. 2.

tanto in linea di difesa quanto altresì in via di aggressione. Infatti il debitore, perseguitato in giudizio per l'adempimento di una convenzione di buona fede, poteva fino alla sentenza opporre la eccezione del dolo, e correva obbligo al giudice di avervi riguardo, quand'anche il magistrato non gliene avesse data espressa facoltà, e quindi senza che la eccezione fosse particolarmente ricordata nella formula, per cui solevasi dire, che *exceptio doli judiciis bonae fidei inest* (7). Se poi la perdita, che era scopo della frode, fosse già stata consumata, la parte lesa poteva nei giudizi di buona fede sperimentare l'azione medesima del contratto, perocchè in cotesta azione il giudice conosceva *ex aequo et bono, ut inter bonos agier oportet* (8), e domandare a seconda dei casi o la rescissione della convenzione o il risarcimento del danno. Precisamente conveniva distinguere tra dolo e dolo: il dolo come causa determinante della convenzione, che si verifica quando la parte ingannata non avrebbe altrimenti conchiuso l'affare; e il dolo che concerne soltanto le modalità o gli elementi più o meno accessori della prestazione — insomma quello che chiamano *dolus causam dans* e il *dolus incidens*. Il primo autorizzava a domandare la rescissione della convenzione (9), il secondo non dava diritto che all' indennizzo (10).

Supponiamo invece un *contractus stricti juris*. Anticamente la legge non offriva alcun mezzo affine di paralizzare gli effetti del dolo (11), e non restava alle parti se non di aggiungere espressamente al negozio la *clausola doli*. In altri termini: gli effetti del dolo non potevano essere paralizzati che colla stipulazione *dolum malum abesse et abfuturum esse* (12).

Nondimeno il principio della naturale equità seppe farsi

---

(7) L. 21 D. sol. matr. 24. 3; L. 84 § 5 D. de legat. I; L. 68 § 1. D. de C. E. 18. 1; L. 3 D. de rescind. vend. 18. 5.

(8) § 5 I. de E. V. 3. 23; L. 7 § 3. L. 9 pr. D. de dolo malo 4. 3; L. 11 § 5 D. de A. E. 19. 1; L. 5 C. de resc. vend. 4. 44; L. 2 C. de A. E. 4. 49.

(9) P. e. L. 11 § 5 D. de A. E. V. 19. 1; L. 7 pr. D. de dolo malo 4. 3.

(10) P. e. L. 13 § 4 D. de A. E. V; L. 12 § 1. D. de jure dot. 23. 3.

(11) Cic. de offic. 1, 10; 3, 15.

(12) L. 1 § 4. L. 7 § 3 D. de dol.; L. 31 D. de recept. 4. 8; L. 22. 38 § 13. L. 53. 119. 121 pr. § 3. D. de V. O. 45. 1 ec.

strada, verso la fine della Republica, anche in questo genere di affari. Il pretore Cassio (13) accordò alla parte una *exceptio doli* per respingere l'azione con cui venisse domandato l'adempimento del negozio (14), e un altro pretore, che fu probabilmente L. Aquilio Gallo contemporaneo di Cicerone (15), introdusse l'*actio doli* pel caso che la convenzione fosse già eseguita o la parte tratta in inganno avesse già patito una qualche perdita (16). L'azione stessa portava con sè l'infamia (17), che il reo peraltro poteva evitare assoggettandosi volontariamente all'esecuzione, perocchè l'*actio doli* fosse un'azione arbitraria (18). Il giudice poi doveva pronunciare la rescissione della convenzione, e solo nel caso che la rescissione fosse impossibile o non indennizzasse completamente la parte lesa, quest'ultima era ridotta a esigere il danno e l'interesse o la diminuzione della prestazione che le incombeva (19). In quella vece non era lecito sperimentare l'*actio ex stipulatu* se non nel caso in cui la *clausola doli* fosse aggiunta al contratto (20).

Per ultimo v'aveva eziandio una *in integrum restitutio propter dolum*, la quale era un rimedio diverso da quelle azioni od eccezioni, introdotto probabilmente dalla dottrina parte pei maggiori vantaggi che accordava la più spedita procedura della restituzione in intero, parte perchè v'avevano dei casi in cui quegli altri rimedi non giovavano (21). Anzi, trattandosi di negozi di buona fede, alcune posteriori costituzioni imperiali ammisero eccezionalmente la *restitutio in integrum propter dolum* in concorrenza elettiva coll'azione del contratto, dimanierachè non fu più

(13) L. 4 § 3 D. de doli mali et met. exc. 44. 4.

(14) Gai. 4, 116. 19; pr. I. de except. 4. 13; Tit. D. de doli et met. exc. 44. 4.

(15) Cic de nat. Deor. 3, 30; de off. 3, 14.

(16) Tit. D. de dolo malo 4. 3; Tit. Th. C. eod. 2. 15; Tit. I. C. eod. 2. 21.

(17) § 2. I. de poena temere litig. 4. 16; L. 1 pr. D. de his qui not. inf. 3. 2.

(18) L. 17 pr. L. 18. D. de dolo malo 4. 3.

(19) L. 18 pr. § 1. 4. D. de dolo malo 4. 3.

(20) L. 7 § 3 D. eod.; L. 31 D. de rec. arb. 4. 8; L. 4. § 16 in f. D de doli exc. 44. 4; L. 19 D. rem ratam 46. 8.

(21) L. 7 § 1. D. de in integr. rest. 4. 1; L. 1 §. 6. L. 7. pr. L. 38 D. de dolo malo 4. 3.

necessario, come era stato per l'addietro, alla parte lesa, di sperimentare questa azione del contratto pel dolo dell'altro contraente (22).

Se ambe le parti erano ree di dolo, nessuna di esse poteva efficacemente intentare un' azione contro l' altra (23), perchè alla eccezione del dolo non può venir contrapposta una *replicatio doli* (24). Se adunque la convenzione non era ancora adempita, nessuna delle due parti poteva esigerne l'adempimento (25); mentre nel caso inverso nessuna poteva domandare di essere risarcita pel dolo (26). Insomma verificavasi una tal quale compensazione del dolo (27).

Posto che il dolo sia praticato da una terza persona, l'effetto ne sarà diverso a seconda che l'errore destato dall'ingannatore è o no essenziale. Nel primo caso la convenzione è naturalmente nulla *ex capite erroris;* e dove il danno non venga interamente levato con ciò, è anche lecito all'ingannato di sperimentare l'*actio doli* contro l' ingannatore (28). Nella seconda ipotesi la convenzione mantiene sempre la sua validità, e la parte lesa può solamente intentare l'azione del dolo contro l' ingannatore (29).

γ *La violenza.*

Gundling, de efficientia metus tum in promissionibus liberar. gentium tum etiam hominum privatorum Ala 1711. **Rudolph,** de effectu metus in pactis et contractibus Erl. 1760. **Breuning,** nell'jurist. Magaz. di Siebenkees II. 7. **Glück** IV p. 167 seg. V p. 468 seg. **Werner,** die Rechtslehre von der Verbindlichkeit des erzwungenen Willens Francof. 1817. **Rosshirt** nella sua Zeitschr. V. p. 205. seg. **Vangerow** § 605.

---

(22) L. 3. C. quib. in caus. major. 2. 54; L. 5. 10 C. de resc. vend. 4. 44.

(23) L. 36 D. de dolo malo 4. 3.

(24) L. 4 § 13 D. de doli mali exc. 44. 4; L. 154 D. de R. I.

(25) L. 34 § 3. L. 57 § 3 D. de C. E. 18. 1.

(26) L. 4 § 13. D. de doli mali exc. 44. 4; L. 154 D. de R. I.

(27) L. 3 § 3 D. de eo per quem factum erit 2. 10; L. 57 § 3. D. de C. E. 18. 1.

(28) L. 7 pr. D. de dolo malo 4. 3.

(29) L. 8 D. de dolo malo 4. 3; L. 2 D. de proxenet. 50. 14.

Anche la violenza, *vis et metus*, può escludere affatto il consenso oppure viziarlo, a seconda che è assoluta o compulsiva. Vista la natura della volontà umana non vi può essere altra violenza assoluta fuor quella che viene esercitata sul corpo, *vis corpori illata*, la violenza che diremo fisica o materiale; e questa, escludendo affatto il consenso, esclude per ciò stesso la convenzione. Una violenza recata veramente alla volontà, *vis animo illata*, non può essere che di natura compulsiva o morale. Essa si verifica quando, sia colla semplice minaccia di un male o con un male veramente inflitto e che potrebbe essere ripetuto e persino aumentato, ingeneri nell'animo della persona minacciata il timore, e ne determini in questo modo la volontà. Naturalmente non si potrebbe sostenere in questa ipotesi che non v'abbia consenso: la violenza compulsiva limita bensì la libertà della volontà, ma non la distrugge, o per dirla con Paolo: *quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui*. Il consenso adunque esiste, quantunque estorto a forza; ed esistendo il consenso, esiste anche la convenzione (1).

D'altronde l'equità e il buon costume non permettono di trar profitto da un fatto illecito, accampando un consenso estorto a forza contro la parte danneggiata dalla violenza, onde Ulpiano ebbe a dire: *nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei negotia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est* (2). Perciò, trattandosi di un giudizio di buona fede, era officio del giudice di prendere in considerazione, come il dolo, così anche il timore, e noi già conosciamo la grande portata di questo principio. Anzi giusta le idee dei giureconsulti romani la nozione della violenza era compresa in quella del dolo, osservando il medesimo Ulpiano: *eum qui metum fecit et dolo teneri certum est* (3); e altrove: *doli mali mentio hic et vim in se habet, nam qui vim facit, dolo malo fecit* (4). Precisamente, come nel caso del dolo, la parte lesa aveva un mezzo aggressivo nell'azione medesima della conven-

(1) L. 21 § 5. D. quod met. causa 44. 4; L. 21 § 4. D. eod.; L. 22 D. de ritu nupt. 23. 2.

(2) L. 116 pr. D. de R. I. 50. 17; cf. L. 3 § 1. D. quod metus 4. 2.

(3) L. 14 § 13. D. quod metus 4. 2.

(4) L. 2 § 8. D. de vi bonor. raptor. 47. 8.

zione, e un' eccezione che poteva opporre in qualunque stadio del processo fino alla sentenza.

Nè altrimenti alcuni rimedi pretorii provvidero col tempo ai negozi di stretto diritto collo scopo di proteggere la vittima della violenza contro gli effetti pregiudicievoli dell'atto che le era stato estorto. La *exceptio doli*, essendo generale, doveva molto naturalmente trovare applicazione anche al caso della violenza; ed ecco perchè il pretore Cassio, pago di questa eccezione, non ne introdusse alcuna per il timore. Solo in seguito, pei motivi che diremo quanto prima, fu trovato utile che anche la violenza avesse i suoi propri rimedi, che furono: una particolare *exceptio quod metus causa* e l'*actio quod metus causa*.

Il merito della creazione di ambedue appartiene forse al pretore Ottavio. Certo l'editto Ottaviano sul *vi metusve causa gestum*, il quale è anteriore all'anno 683 di Roma, perchè ricordato da Cicerone nelle Verrine (5), introdusse l'azione del timore (6), affine di riparare i danni già cagionati dalla violenza. La quale azione era arbitraria e penale nel senso, che il reo, il quale, postergando l'ordine od arbitrio del giudice, non faceva spontaneamente la restituzione, che era il vero scopo della dimanda, veniva condannato a pagare il quadruplo dell'interesse, purchè l'azione fosse stata sperimentata *intra annum utile*. Invece, trascorso l'anno essa non era accordata che *in simplum* (7).

Osservo poi, che i rimedi pretorii introdotti contro la violenza erano esperibili non solo contro il colpevole, e contro gli eredi in quanto fossero diventati più ricchi (8), ma contro chiunque avesse tratto profitto dall' atto in questo modo estorto, o anche solo si trovasse in possesso della cosa, nonostante che l'avesse acquistata nella maniera la più legittima (9). L'*actio* e l'*exceptio quod metus causa* erano propriamente *in rem scri-*

(5) Cic. in Verr. II. 3, 65.

(6) L. 1. 9 § 1 seq. L. 14 § 2. 3. 15. L. 15. 16 § 2. L. 19. 20. 21 § 6 D. quod met. causa 4. 2; L. 4 § 33. D. de doli mali et met. except. 44. 4.

(7) § 27. 31 I. de act. 4. 6; L. 14 § 1. 2. 3. 4. 7. 9. 10. 14 D. quod metus 4. 2; L. 4 C. eod.

(8) L. 16 § 2 fino alla L. 20 D. quod metus.

(9) L. 9 § ult. L. 10 pr. L. 14 § 3 D. quod metus; cf. L. 14 § 5. D. eod.

ptae (10); e in ciò si distingono dai rimedi accordati contro il dolo, i quali non erano che *in personam*. Non farà dunque meraviglia, come dissi, che fossero trovati più utili; come non parrà irragionevole che si stabilisse codesta differenza, perchè il dolo è qualche cosa d'interno, e non è supponibile che altri ne abbia conoscenza all'infuori degl'interessati, mentre la violenza essendo alcunchè di esteriore, può essere facilmente conosciuta da ognuno (11).

Infine la parte lesa poteva anche implorare sussidiariamente la restituzione in intero, che era ben diversa dall'*actio* ed *exceptio quod metus causa*, in quanto che il magistrato, previa cognizione di causa, rescindeva con un decreto l'atto estorto a forza e restituiva i diritti perduti: così riviveva l'antica azione che, a seconda della sua originaria qualità, poteva essere o personale o reale (12).

Ad ogni modo perchè il *metus* possa produrre gli effetti, che siamo venuti indicando, debbono verificarsi alcune condizioni:

1. Si suppone che sia *injustus ex parte inferente* (13); ovverosia colui che lo incute non deve aver diritto d'incuterlo.

2. Si suppone che sia *maioris malitatis*; o per dirla volgarmente, che il male minacciato o parzialmente inflitto abbia una maggiore importanza di ciò che si vuol conseguire colla minaccia. (14).

3. Si suppone che sia *non vani hominis, sed qui merito et in homine costantissimo cadat*; vale a dire incusso sotto tali circostanze, che un uomo ragionevole possa fermamente ritenere come possibile l'attuazione della minaccia (15).

4. Per ultimo, vuol essere *consulto illatus*, che è a dire incusso a bella posta per ottenere quel dato intento (16). La qual

(10) L. 9 § ult. D. quod metus; L. 4 § 33 D. de doli et met. exc. 44. 4.

(11) L. 4 § 33 D. de doli et met. exc. 44. 4.

(12) L. 9 § 3. 4 D quod metus 4. 2.

(13) L. 3 § 1 D. quod metus 4. 2.

(14) L. 5. D. quod metus; L. 3. D. ex quib. caus. maj. 4. 6; L. 13 C. de transact. 2. 4; L. 6. 8. 9. 10 C. de his quae vi 2. 20; L. 1 C. de his quae per met. 7. 67.

(15) L. 6 D. quod metus; L. 9 C. eod.

(16) L. 9 pr. § 1 D. quod metus.

regola trova una speciale applicazione nel caso in cui la violenza non fosse partita dal contraente stesso, ma da una terza perrona. Infatti se la convenzione non era la conseguenza deliberata della violenza, questa non poteva esercitare alcun influsso su di essa (17): viceversa, se veniva esercitata appunto colla mira di ottenere la conchiusione della convenzione, essa, quantunque esercitata da un terzo, operava nondimeno sulla convenzione, non altrimenti che se fosse partita dal contraente (18).

Soltanto concorrendo le condizioni suaccennate, trova applicazione il detto del pretore: *quod metus causa gestum erit ratum non habebo* (19).

---

d. *Condizioni relative alla forma.*

1. L' idea fondamentale da cui partono i Romani è questa, che la semplice convenzione non sia sufficiente da per se sola a produrre una obbligazione sorretta da una azione sua propria (1). Perchè l'obbligazione possa essere pienamente valida è necessario che vi si aggiunga una speciale causa civile, la quale alla sua volta può consistere in una data forma o nella reale prestazione dell'obbietto fatta da un contraente all'altro.

Alcune convenzioni adunque si fondavano sulla forma adoperata dalle parti nel vincolarsi, onde opportunamente possono dirsi convenzioni formali. Tali erano il *nexum*, la *verborum obligatio* e la *literarum obligatio.* Il *nexum*, che s' incontra già nelle dodici tavole, ma dopo la legge Petelia sparisce dalla vita giuridica dei Romani, era il contratto *per aes et libram*, un contratto adunque, nel quale adoperavasi una bilancia, si pronunciavano delle parole solenni, e veniva dato un pezzetto di bronzo dinanzi a cinque testimoni. La obbligazione verbale, *verborum obligatio*, era un contratto il quale si fondava sulla solennità

(17) L. 9 § 1 in f. D. quod metus.

(18) L. 14 § 3 D. quod metus; L. 4 § 3 D. de doli et met exc. 44. 4; L. 3. 5. C. de his quae vi metusve causa 2. 20.

(19) L. 1. D. quod metus.

(1) L. 7 § 4. D. de pact. 2. 14; L. 15 D. de praescr. verb. 19. 5.

delle parole sacramentali, e si verificava anticamente nella *dotis dictio*, nella *promissio operarum jurata a liberto facta* e nella *stipulatio*. Tra tutti codesti contratti verbali, la stipulazione, che si mantenne sebbene modificata anche nel diritto giustinianeo, è indubitatamente il più importante. Essa era una dichiarazione fatta a voce con domanda e risposta, ed era, come osservai già altra volta, una forma affatto generale, perchè ogni prestazione atta ad essere obbietto di una convenzione obbligatoria, poteva promettersi colla stipulazione, e ottenere così la causa civile. Del resto una stipulazione non poteva far luogo che ad una obbligazione unilaterale, il che si collega necessariamente colla natura formale di essa, a segno che neppure più stipulazioni conchiuse contemporaneamente con vario indirizzo potevano creare direttamente e perfettamente quello stretto legame organico che passa tra i diritti e gli obblighi di una obbligazione bilaterale. Per ultimo c' era un' obbligazione che dicevasi contratta *literis* o letterale, *literarum obligatio*, la quale traeva la sua origine da una determinata forma scritturale. Tale era il *nomen transcriptitium*, che nasceva precisamente mediante la trascrizione nel libro dei conti; ma esso scompare col tempo, e nel diritto giustinianeo non se ne trova più traccia.

In tutti questi contratti il concetto è determinato dalla forma, e questa è la *civilis causa* che dà piena forza obbligatoria alla convenzione. La causa civile per altro poteva anche consistere nella cosa stessa, *res*, perchè quando uno dei contraenti aveva eseguita la sua prestazione, l'altro che l'aveva ricevuta era perciò solo tenuto *civiliter*, e l'obbligazione dicevasi contratta *re*. Alcuni di questi contratti reali, come sogliono chiamarsi modernamente, e precisamente quattro che appartengono ai più comuni e più frequenti di tutto il commercio, ebbero già nell'antico diritto un nome, una teoria e una azione loro propria; e sono il mutuo, il commodato, il deposito e il pegno. Perciò sono anche detti contratti reali nominati. Molti altri invece, i quali non si distinguono specificatamente pel loro tenore, e perciò anche nella vita comune non portano ordinariamente un nome, diconsi contratti reali innominati; e i Romani li classificarono colla nota formola: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*. Essi erano patti, dai quali non deri-

vava che una obbligazione naturale, ma che ognuna delle parti in forza della effettiva prestazione poteva tramutare in obbligazione civile. D'altronde, a differenza dei contratti reali nominati, non producevano un' azione volgare, ma una azione di fatto; e ancora, trattandosi di un contratto innominato, la parte la quale aveva già adempiuta la sua obbligazione poteva colla *condictio causa data causa non secuta* ripetere quanto aveva prestato fino a tanto che il debitore non avesse pure eseguita le sua obbligazione.

Solo eccezionalmente può bastare il semplice consenso delle parti perchè un contratto esista ed abbia piena forza obbligatoria senza bisogno di una speciale causa civile. Appunto perciò cotesti contratti son detti consensuali perchè basta ad essi il nudo consenso, e anch'essi appartengono agli atti giuridici più comuni e più frequenti del commercio. Perciò portano dovunque un nome determinato anche nella vita giuridica, ed hanno la loro teoria e la loro azione. Essi sono: la compera, la locazione, la società e il mandato. Anche il contratto che aveva per iscopo di stabilire un diritto enfiteutico, era trattato come un contratto consensuale; ma alcuni lo ritenevano essere una specie di compera ed altri una specie di locazione. Soltanto l' imperatore Zenone ne ha fatto un contratto particolare col nome di *emphiteuticarius contractus*, che va per tal modo aggiunto agli altri quattro.

2. Or queste erano le sole maniere per cui nell'antico diritto poteva nascere una obbligazione pienamente efficace col mezzo di una convenzione; e a questi soli casi rimase il nome di *contractus* persino in un tempo in cui anche altre convenzioni erano state sia dal diritto civile o sia dal diritto pretorio fiancheggiate da azione. Diversamente dai contratti dicevansi patti tutte quelle convenzioni che nell'antico diritto civile non producevano azione di sorta. I patti erano sempre nudi; senonchè cotesto rigoroso principio del diritto civile antico subì varie modificazioni col tempo. Alcuni patti vennero eccezionalmente confortati da azione, ed ebbero dai glossatori il nome di patti vestiti in opposizione ai patti nudi, che anche nel diritto giustinianeo non producono che una semplice eccezione.

I patti vestiti sono propriamente di tre specie: patti legit-

timi, patti pretorii e patti adietti. Diciamo legittimi quei patti, i quali hanno ottenuta l'azione da posteriori costituzioni imperiali, cioè il patto dotale e il patto di donazione. Sono patti pretorii quelli che derivano la loro azione dall'editto pretorio, cioè il costituto sì di debito proprio che di debito altrui e il patto d'ipoteca. In certo senso però possono annoverarsi tra i patti pretorii anche il *receptum arbitrium*, cioè la promessa di decidere come arbitro una controversia, e il patto di giuramento stragiudiciale. Finalmente chiamansi patti adietti quelli che sono aggiunti a un contratto di buona fede nell'atto medesimo in cui vien conchiusa la convenzione. Questi patti paiono in certa guisa inerenti al contratto: *contractui inesse videntur*, e quindi l'azione del contratto trova applicazione anche ad essi.

3. Intanto sotto gl'imperatori cristiani era venuta introducendosi una nuova forma nella insinuazione giudiziaria, che ha gran parte nella dottrina della donazione. Primo Costanzo Cloro prescrisse che tutte le donazioni dovessero venir registrate nei protocolli, *acta*, *gesta*, delle curie cittadinesche o dei governatori; e cotesta prescrizione fu poi confermata da Costantino, e mantenuta anche nel diritto giustinianeo.

In pari tempo crebbe la importanza della forma scritturale; e a quanto sembra sotto la influenza dei Greci, i quali inclinavano a redigere le loro convenzioni in iscritto, e preferivano questa forma anche alla solennità delle parole. Egli è perciò che la stipulazione, la quale era un istituto eminentemente italico, non potè mai mettere salde radici nel suolo di Grecia: ma una folla di stipulazioni, e forse la maggior parte, si facevano in iscritto coll'osservazione che erano avvenute nella debita forma, mentre i contraenti non avevano neppur pensato a pronunciare la formola ordinaria. E ciò che in Grecia dapprima, diventò poi generale anche altrove; finchè Giustiniano decretò che si dovesse prestar piena fede a un documento di stipulazione in cui fosse detto, che tutto era proceduto debitamente; nè si dovesse badare così pel sottile alla presenza personale dei contraenti, nè ammettere altra prova in contrario fuor quella che l'uno o l'altro di essi non potesse assolutamente essere intervenuto a quell'atto.

Così cresceva la importanza della forma scritturale, e crebbe

ancora più quando Giustiniano stabilì con una sua costituzione dell'anno 528, che nessuna convenzione, conchiusa colla dichiarazione o nell' idea che s'avesse a redigere in iscritto, dovesse aver forza di vincolare le parti se prima non ne fosse stato interamente redatto il documento ed ambe le parti lo avessero sottoscritto. Anzi quand'anche ne fosse stata presa notizia in iscritto, e persino nel caso che ne esistesse una preliminare redazione od abbozzo, quantunque convalidato dalla sottoscrizione di ambe le parti, nessuna di esse poteva esigerne l'adempimento ed era lecito a entrambe di ritirarsi. Nè importa, quantunque sia cosa molto controversa fino dai tempi dei giureconsulti bizantini e dei glossatori, che i contraenti abbiano avuto o no la intenzione di obbligarsi colla sola dichiarazione fatta a voce o coll'abbozzo scritto; perchè lo stromento voleva essere redatto completamente e sottoscritto da entrambi. La forma scritturale in questi casi era ben più che un semplice mezzo di prova : era una vera forma solenne, e per tal modo perfino i contratti consensuali potevano, grazie alla volontà delle parti, venir convertiti di volta in volta in veri contratti formali (2).

C. *Effetti delle Convenzioni.*

a. Effetti immediati. L'adempimento della promessa.

Tit. C. Ut actiones ab heredibus et contra heredes incipiant (4. 11); Si quis alteri vel sibi sub alterius nomine vel aliena pecunia emerit (4. 50); Inter alios acta vel judicata aliis non nocere (7. 60). — Tit. I. per quas personas nobis obligatio acquiritur (3. 28).

Donelli, comment. XV. c. 53. **Nood,** de pactis c. 23 seg. **Buhstrat,** üb. Savigny's Lehre v. der Stellvertretung Oldenb. 1854. Il medes. Bemerkungen üb. aussergerichtl. Repräsentation (Arch. f. d. Prax. des Oldenb. Rechts I. 1 p. 35 seg.), **Brinz,** Kritische Blätter n. 2. **Scheurl,** Beiträge n. 3. **Heyer,** ist ein Vertrag. z. Vortheil eines Dritten ungültig? (Giess Zeitschr. N. S. III. 1). **Brandis,** üb. d. solutionis causa adiectus (Rhein. Mus. V. 11). **Gesterding,** von Contracten die auf eines Anderen Nahmen geschrieben werden (Irrthümer n. 8). **Bähr,** üb. die s. g. Verträge zu Gunsten Dritter (Iahrb. di Ihering VI. 131 seg.). **Busch,** Doctrin n. Praxis üb. die Gültigkeit von Verträgen zu Gunsten Dritter. — **Gensler,** der mandans od. praeponens kann aus dem Vertrag des Mandatars on. Institors mit einem Dritten nicht belangt werden, wenn der

---

(2) L. 17 C. de fide instrum. 4. 21; cf. pr. I. de emt. et vend. 3. 23; L. 2. D. de C. E. 18. 1.

Mandatar od. Institor nicht in dieser Qualität contrahirte (Arch. f. civ. Prax. I. 26). **Gesterding,** promissio facti alieni (Irrthümern. 11). **Weiske,** Grenzen d. inst. Klage Lips. 1829. **Dedekind,** Beitr. z. Lehre v. Institor (Arch. f. Civ. Prax: XLI. 8). — **Thibaut,** üb die actio quod jussu (Arch. f. civ. Prax. XII. 10). **Müller,** inwiefern kann heut zu Tage die actio quod jussu noch Anwendung finden? (civ. Abh. n 4). **Schmidt,** üb. die actio quod jussu (Arch. f. civ. Prax. XXIX. 3). **Buchholtz,** actio quod jussu bei Delicten u. noxae deditio bei Verträgen (Abh. n. 30 p. 389 seg) **Chambon,** üb. die actio quod jussu (Beitr. zum Oblig. R. Iena 1851 I. p. 175 seg.). — **Marezoll** nella Gies. Zeitschr. N. S. V. p. 211 sèg. **Keller,** comm. ad L. Si ex duobus 32 pr. § 1 de pecul. Gott. 1828. Il medes. üb. das Peculium (Iahrb. des gem. D. R. III. p. 153 seg.) **Dietzel,** das peculium im röm. u. heutig. R. (Ib. II p. 1 seg). **Bekker,** nella Zeitschr. für Handelsr. di Goldschmidt IV p. 506 seg. – **Leist,** das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögens-Angelegenheiten. Iena 1855. p. 61 seg. **Witte,** Bereicherungsklagen p. 256 seg. **Jacobi,** der Rechtsbegriff d. Bereicherung mit d. Schaden eines Anderen (Iahrb. di Ihering IV p. 224 seg.). **Vangerow** § 607. 608

I. L'effetto immediato delle convenzioni è questo, che il promittente deve adempiere ciò che ha promesso. Trattandosi però di convenzioni bilaterali anche le parti sono obbligate ad una prestazione, e interessa di sapere quale delle due debba precedere. Per qualche caso abbiamo una determinazione legale; in specialità nei contratti di locazione, perocchè il locatore sia obbligato in forza della legge ad adempiere pel primo la sua obbligazione, purchè le parti non abbiano disposto diversamente (1). Sarebbe però errore di voler estendere cotesta regola anche ad altre convenzioni. Fuori del caso suaccennato e in difetto di particolari accordi, dobbiamo anzi stabilire il principio, che ognuno dei due contraenti può accampare la sua pretesa non tosto la convenzione è conchiusa (2): ma siccome sarebbe contrario ad equità di condannare una parte alla prestazione, mentre l'altra non ha per anche adempita la sua, così la legge le accorda una *exceptio doli* (3), che i moderni chiamano *exceptio nondum adimpleti contractus.* La quale è una vera eccezione, e non già una contestazione negativa della lite, come si vorrebbe da molti: una vera eccezione, che sebbene il più delle volte espressa negativamente, ha però un contenuto molto positivo, che cioè competa al reo una contropretesa derivante dalla medesima convenzione, fino al cui soddisfacimento egli non crede

(1) L. 24 § 2 D. locati 19. 2.

(2) Pr. I. de oblig. ex cons. 3. 22; L. 1 § 2 D. de rer. permut. 19. 4.

(3) Gai. 4, 126; L. 25 D. de A. E. V. 19. 1; L. 5 § 4 D. de dol. et met. exc. 44. 4; L. 5 C. de evict. 8. 45.

di dover adempiere il suo debito. Insomma ecco la regola: che ognuna delle parti ha un' azione verso l'altra fino dal momento in cui la convenzione è perfetta; ma quella che vuole efficacemente domandare la prestazione all'altra, deve precedere colla sua.

II. Dél resto egli è un principio del gius romano che le convenzioni non producono effetti se non tra le parti e i loro eredi: anzi se basate sulla individualità fisica di esse parti, come verbigrazia nel mandato e nella società, si estinguevano, come vedremo, con esse. Ad ogni modo non hanno efficacia pei terzi nè in loro vantaggio nè in danno. Il diritto spetta soltanto al promissario e al suo erede; l'obbligo incombe soltanto al promittente e al suo erede: ma non havvi rappresentazione di sorta in fatto di convenzioni. Se pure alcuno voleva conchiudere una convenzione mediante un libero rappresentante, questi doveva prima conchiuderla per se medesimo, e poi trasmettere il credito al principale mediante cessione, o fare che lo liberasse dagli obblighi assunti.

1. Quindi la convenzione per cui taluno si faceva promettere qualche *prestazione in favore di un terzo,* era assolutamente nulla, e non solo pel terzo ma anche pei contraenti, perchè il promissario non voleva ottener nulla per se medesimo (4). Nondimeno cotesto principio patisce delle eccezioni.

A. Può accadere che almeno il promissario ottenga un'azione: qualora cioè la prestazione che sarebbe da farsi al terzo ridondasse anche in suo vantaggio (5); p. es. se il padre di famiglia si faceva promettere qualche cosa in pro' del figlio (6), o qualora il promissario avesse pattuita una pena convenzionale (7).

B. In altri casi anche il terzo acquistava dei diritti, e precisamente:

a. Quando un figlio di famiglia si faceva promettere qual-

(4) L. 11 D. de O. et A. 44. 7; L. 38 § 17. L. 126. § 2. D. de V. O. 45. 1; L. 73. § 4. D. de R. I.; L. 11 § 6. D. de pign. act. 13. 7; L. 6. C. si quis alteri 4. 50; L. 19. 26 C. de jur. dot. 5. 12; L. 1. C. per quas pers. 4. 27; § 4 I. de inut. stip. 3. 20.

(5) § 20 I. de inut. stip. 3. 20; L. 38 § 20-23 D. de V. O. 45. 1; L. 3 C. de inut. stip. 8. 39.

(6) § 4 fin. I. de inut. stip.; L. 17 § 4 D. de pact. 2. 14; L. 7. D. de pact. dotal. 23. 4; L. 39. 56. 130 D. de V. O.

(7) § 19 I. de inut. stip.; L. 38 § 17 D. de V. O.

che cosa pel padre; nè altrimenti tanto il proprietario quanto l'usofruttuario e il *bonae fidei possessor* potevano acquistare col mezzo di un servo, ma solo *ex re sua* ed *operis servi*; mentre l'usuario nol poteva che per la prima di queste due cause (8).

b. Quando un ascendente costituiva una dote, pattuendone la restituzione alla propria figliuola o ai di lei figli (9).

c. Quando un tutore o curatore conchiudeva un costituto in nome del pupillo o curato (10), oppure un patto di non chiedere (11).

d. Quando taluno si faceva promettere qualche cosa solo pel suo erede, o ciò che torna lo stesso: *post mortem suam* (12); il che però non era ammesso per le leggi antegiustinianee (13), le quali davano solo la licenza di farsi promettere qualche cosa per sè ed eredi (14).

e. Quando taluno aveva conchiuso un contratto consensuale o reale, non tanto come rappresentante, quanto come nunzio o messo di un terzo (15).

f. Quando si dava delle cose a mutuo o si pagava un indebito in nome di un terzo (16).

g. Quando veniva lasciata una cosa altrui ad un terzo, perchè la custodisse o ne usasse, pattuendo che la restituzione dovesse farsi al proprietario (17).

---

(8) § 4 I. de inut. stip.; L. 38 § 17. L. 130 fin. D. de V. O. — L. 21. D. de usufr. 7. 1. — L. 14 pr. L. 16 § 2 D. de usu et hab. 7. 8.

(9) L. 45 D. sol. matr. 24. 3; L. 7 C. de pact. conv. 5. 14; cf. L. 9. 23. D. de pact. dotal. 23. 4; L. 45. § 2 D. de V. O.

(10) L. 5. § 9 D. de pec. constit. 13. 5.

(11) L. 15. L. 28 § 1. D. de pact. 2. 14.

(12) L. 11 C. de contr. stip. 8. 38; L. un. C. ut act. ab hered. 4. 11.

(13) Gai. 3, 100. 117. 158; § 13. I. de inut. stip. 3. 20.

(14) L. 38 § 14. D. de V. O.

(15) L. 2 pr. D. de pact. 2. 14; L. 14. § 3. L. 15 D. de pec. const. 13. 5; L. 1 § 1 D. mand. 17. 1; L. 1 § 2 D. de contr. emt. 18. 1; L. 2 § 2 D. de O et A. 44. 7; L. 9 C. si quis alteri 4. 50; cf. L. 1 § 11 D. depos. 16. 3.

(16) L. 2 § 4. L. 9 § 8 D. de R. C. 12. 1; L. 6. 47. 57 pr. D. de cond. indeb. 12. 6; L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1; L. 4 C. si cert. pet. 4. 2.

(17) L. 8. C. ad exhib. 3 42.

h. Quando il creditore pignoratizio nel vendere la cosa pegnorata riservava al debitore il diritto della ricupera (18).

i. Infine quando taluno donava una cosa coll'incarico di darla più tardi a un altro (19).

2. Similmente la convenzione per cui taluno si faceva promettere la *prestazione di un terzo* importava la nullità sì pel terzo e sì pei contraenti, non avendo il promittente promesso nulla per se medesimo (20). Nondimeno anche questa regola ammette alcune eccezioni.

A. Innanzi tutto il promittente stesso poteva uscirne obbligato, se la promessa era così formulata o doveva necessariamente venir interpretata in modo, ch'ei volesse aver cura dell'atto del terzo o rispondere dell' interesse (21), come eziandio se vi era stata aggiunta una pena convenzionale (22).

B. D' altronde anche il terzo poteva rimanerne obbligato in alcuni casi, cioè: quando la persona, la quale conchiudeva una convenzione per lui, era un suo nunzio o messo (23); o quando, giusta il disposto di Giustiniano, era stata contratta una obbligazione in nome dell'erede (24).

3. Supponiamo invece che la convenzione si riferisca *a un tempo ai contraenti e ad un terzo:* in questa ipotesi converrà distinguere. Se taluno si faceva promettere qualche cosa per sè ed un altro in modo alternativo, *mihi aut Titio*, il terzo si riguardava di regola come *solutionis causa adjectus*. Se invece taluno si faceva promettere qualche cosa per sè ed un altro in modo copulativo, *mihi et Titio*, il terzo non acquistava alcun diritto, ed era dubbio tra i giureconsulti romani se il pro-

---

(18) L. 13 pr. D. de pign. act. 13. 7; cf. L. 7 § 1. D. de distr. pign. 20. 5.

(19) L. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55.

(20) § 3 I. de inut. stip.; L. 58 § 1. D. de V. O. 45. 1; cf. § 21 I. de inut. stip.; L. 38 pr. L. 83. pr. D. de V. O.

(21) § 3. I. de inut. stip.; L. 14 § 2. D. de pec. const. 13. 5; L. 38 § 24. L. 81 pr. L. 83 pr. L. 112 § 1 D. de V. O.; L. 13. 18. 19 D. rat. rem haberi 46. 8.

(22) § 21 fin. I. de inut. stip.; L. 38. § 2. 4. 13. D. de V. O.

(23) Vedi nota 15.

(24) Vedi nota 12.

missario potesse pretendere l' intero oppure la metà (25): secondo l'opinione accettata dal *Corpus Juris* convien dire che il suo diritto si limitava alla metà (26). Se poi il promittente aveva designato come debitore parte sè medesimo e parte un terzo, egli era obbligato a tutto o alla metà secondochè la designazione era stata fatta in modo alternativo o copulativo: il terzo però ne andava sempre immune (27).

4. Per ultimo quand'anche la convenzione *non riguardasse che i contraenti*, era nondimeno possibile che un'terzo ne acquistasse dei diritti o ne sortisse obbligato.

A. Anzitutto ne potevano derivare dei diritti per un terzo:

a. Quando un figlio di famiglia si faceva mediante convenzione promettere qualche cosa; perchè secondo l'antico diritto egli era come se il padre stesso avesse conchiusa la convenzione (28), mentre ciò dovette modificarsi necessariamente grazie al posteriore sviluppo del diritto dei peculi (29). Parimenti ciò che un servo acquistava era acquistato pel padrone, quand' anche nel conchiudere la convenzione avesse indicato se stesso come creditore.

b. Quando il tutore conchiudeva delle convenzioni relative alla sostanza del pupillo, competeva a questo una azione utile, che si fingeva ceduta (30); e non solamente nella ipotesi che il tutore avesse conchiusa la convenzione per necessità, come nell'antico diritto (31), ma sempre.

c. Quando un mandatario faceva una convenzione, la regola anche del diritto giustinianeo era questa: che ne derivasse una azione immediata soltanto al mandatario medesimo, come al vero contraente (32); ma in qualche circostanza era conceduta

(25) Gai. 3, 103.

(26) § 4 I. de inut. stip.; L. 110 pr. D. de V. O.

(27) Nov. 115 c. 6.

(28) Gai 2, 87; L. 45 pr. D. de V. O.

(29) § 1 I. per quas pers. nob. acquir. 2. 9; pr. I. per quas pers. nobis oblig. acquir. 3. 28.

(30) L. 26 D. de R. C. 12. 1; L. 52 pr. D. de pecul. 15. 1; L. 2 D. quando ex facto tutor. et curat. minor. agere vel conveniri possunt 26. 9; L. 2. 4 C. eod.

(31) L. 9 pr. D. de adm. tut. 26. 7.

(32) L. 49 § 2 D. de acq. vel am. poss. 41. 2; L. 72 D. de procur. 3. 3.

anche una azione utile al mandante, p. es. quando altrimenti ne avesse avuto a patir danno (33), o il procuratore avesse conchiuso delle stipulazioni davanti al magistrato (34) ecc.

d. Se il possessore di una eredità conchiudeva un costituto per qualche credito di essa, o si faceva costituire dei fideiussori, le azioni, che ne derivavano, competevano anche al fidecommissario universale, o venendo evinta la eredità, al vero erede (35).

e. Infine è osservabile che anche una terza persona poteva richiamarsi generalmente al contratto, ogniqualvolta ciò fosse necessario per proteggere il diritto convenzionale del vero contraente (36).

B. Senonchè una convenzione di tal genere, che non risguardava che i contraenti, poteva eziandio essere causa di obblighi per un terzo, ed ecco in che modo:

a. Se un figlio di famiglia o un servo contraeva dei debiti, il creditore poteva in date circostanze sperimentare l'azione contro il padre o il padrone, cioè:

Nel caso che questi ne avesse dato l'ordine o avesse ratificata la convenzione conchiusa da essi: perchè il terzo poteva coll'*actio quod jussu* esigere da lui la intera esecuzione della obbligazione (37).

Ancora, il padre che costituiva un peculio al figlio o al servo, assumeva implicitamente l'obbligo di rispondere dei debiti che essi avessero contratto colla legittima amministrazione del peculio. A tal uopo competeva al terzo l'*actio de peculio* contro di lui: senonchè egli non rispondeva propriamente che fino alla

---

(33) L. 1 § 18 fin. D. de exerc. act. 14. 1; L. 1 fin. combinata colla L. 2 D. de inst. act. 14. 3; L. 13 § 25 D. de A. E. V. 19. 1; L. 5. fin. D. de stip. praet. 46. 5.

(34) L. 5 D. de stip. praet.; cf. L. 27 § 1. L. 28 D. de procur. 3. 3.; L. 1 § 16. D. de mag. conv. 27. 8; L. 18 § ult. D. de damno inf. 39. 2; L. 4 pr. D. rem pupilli salvam fore 46. 2. — Lo stesso ha luogo col procurator militis L. 26 D. de R. C. 12. 1; cf. L. 8 C. de R. V. 3. 32, e col procurator praesentis L. 79 D. de V. O. 45. 1.

(35) L. 22 D. de pec. const. 13. 5; L. 21 pr. D. de fidejuss. 46. 1.

(36. L. 23 D. de pact. 2. 14.

(37) Gai 4, 70; Cod. Greg. III. 6; § 1 I. quod cum eo qui in aliena pot. est. 4. 7; Tit. D. quod jussu 15. 4; L. 95. § 5. D. de V. O. 45. 1.; L. 4. L. 7 § 1. L. 8. 13 C. quod cum eo qu in al. pot. 4 26.

concorrenza del peculio al momento della sentenza, salvo se era in dolo (38). In un caso particolare l'azione del peculio è detta *tributoria:* qualora cioè il padre di famiglia avesse dato un peculio al figlio o al servo colla licenza di esercitare un commercio con esso o con parte di esso. In questa ipotesi però i creditori non potevano sperimentare l'azione contro il padre o il padrone che fino alla concorrenza del valore del fondo di commercio e dei beneficii che ne erano derivati (39).

La forma più generale che poteva assumere un'azione contro il padre di famiglia a motivo delle obbligazioni contratte da persone soggette alla sua potestà, era l'*actio de in rem verso* (40). Essa veniva sperimentata ogniqualvolta un atto intrapreso dal figlio o dal servo coll'intenzione di agire in favore del padre (41), era ridondato effettivamente in favore di lui. Anche in questa ipotesi però, il padre o il padrone non erano tenuti che fino alla concorrenza del profitto che avevano ritratto (42): ma d'altra parte bastava che vi fosse stata una *in rem versio*, quand'anche il vantaggio ne fosse scomparso in seguito (43).

b. Se un mandatario assumeva degli obblighi in base al mandato, il creditore poteva sperimentare un'azione contro il mandante: dapprima solo nei due casi dell'*actio exercitoria* ed *institoria*, poi generalmente (44).

c. Se un tutore conchiudeva delle convenzioni negli affari della tutela, si poteva, al termine di questa, sperimentare una azione utile contro il pupillo (45); ma se il tutore era colpe-

(38) § 4. 5 I. quod cum eo qui in al. pot. 4. 7; L. 5 pr. L. 30. § 6. 7. L. 31. D. de pec. 15. 1; L. 1 § 42 D. depositi 16. 3.

(39) Gai 4, 72. 74; § 3. 5. I. quod cum eo; Tit. D. de tributoria actione 14. 4.

(40) Gai 4, 74; § 4. 5 I. quod cum eo 4. 7; Tit. D. de in rem verso 15. 3; L. 1. 2. 3. 7 pr. 11. C. quod cum eo 4. 26.

(41) L. 7. § 4. L. 10 § 5. 10. D. quod cum eo 14. 5.

(42) § 4 I. quod cum eo; L. 3. § 1-10. L. 7. 8. 9. 10. 20. 21. D. quod cum eo 14. 5.

(43) L. 3. § 7. 8. 10 D. eod.

(44) V. l'art. che tratta del mandato.

(45) L. 4. § 1. D. de evict. 21. 2; L. 12 § 1. D. de adm. et per. tut. 26. 7; L. 8 D. quando ex facto tut. 26. 9; L. 18 § 2 D. ut legator. 36. 3; L. 3 C. quando ex facto tut. 5. 39. L. 26 C. de adm. tut. 5. 37.

vole di dolo, il pupillo non prestava che in quanto si fosse locupletato (46).

d. Anche colui che aveva conchiusa una convenzione con un *negotiorum gestor* poteva in date circortanze sperimentare senz'altro l'azione contro il *dominus negotiorum* (47).

e. Se un comproprietario prometteva agli altri soci che non avrebbe per un certo tempo domandata la divisione della cosa comune, questa promessa vincolava anche il suo successore singolare (48).

f. Per ultimo se la maggioranza dei creditori deliberava di rimettere al debitore una parte del suo debito o prorogarne il pagamento, questo conchiuso della maggioranza era obbligatorio anche per la minoranza (49).

---

b. Effetti mediati.

Passando ora a discorrere degli effetti mediati delle convenzioni, distinguo innanzi tutto la garanzia che i contraenti debbono prestare tanto pei vizi e difetti occulti della cosa, quanto per la evizione. Vedremo poi come essi rispondano della così detta lesione enorme.

aa. *Garanzia pei vizi e difetti occulti.*

Tit. D. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris (21. 1); C. de aediliciis actionibus 4. 58.

Donelli comm. ad tit. de aedil. edicto nelle opere X p. 1293 seg. **Glück,** XX p 1. seg. **Neustetel,** Bemerkungen z. ädilit. Ed. (römisch-rechtl. Unters. n. 9). **Unterholzner,** v. d. Verkauf mangelhafter Sachen (Arch. f. civ Prax VI. 3). **Gesterding,** Abh. aus der Lehre v Edict der Aedilen üb. verkaufl. Gegenstände (Giess. Zeitsch. VI. 1.) **H. Keller,** üb. d. Verhält. des ädilit. Edict. zum Civilr. in der Lehre v. Gewähr der Mängel an verkauften Sachen (Iahrbüch. di Sell. III. 4). **Thibaut,** üb. d. Umfang u. d. Grenzen der Pflicht zur Gewähr der Mängel u. versproch. Eigenschaften

---

(46) L. 15 pr. D. de dolo malo 4. 4; L. 3 § 1. D. de trib. act. 14. 4; L. 13 § 7 D. de A. E. V. 19. 1; L. 3 D. quando ex facto tut. 26. 9.

(47) L. 7. § 1. C, quod cum eo 4. 26.

(48) L. 14. § 3 D. com. div. 10. 3; L. 16 § 1 D. pro socio 17. 2.

(49) Vedi più sotto l'articolo intorno al pagamento.

(Ib. V. 13. 7). **Gesterding**, ist der Verkäufer verpflichtet Mängel zu gewähren die nur dem Auge des Kenners sichtbar sind? (Ibid. IV. 5. e Ausbeute III. 11. 6). **Gans**, das ädilit. Edict leidet keine Ausdehnung u. geht nicht auf allen verkaufbaren Dinge (Arch. f. civ. Prax. II. 9). **H. Keller**, üb. die unbedingte Haftpflicht des venditor ignorans wegen Fehler an leblosen Sachen (Iahrb. di Sell. III. 10). **Busch**, finden die gesetzl. Vorschrifen, nach denen für geheime Fehler der verkauften Sachen der venditor ignorans haftet, auch ausserhalb des Sklaven- u. Viehverkaufs unbedingt statt? (Arch. f. civ. Prax. XXVI. 9). **Vangerow** § 609.

Quando in forza di una convenzione qualunque venga trasferita una cosa, e questa abbia dei difetti, l'acquirente dispone di due specie di rimedi: può cioè sotto certe circostanze sperimentare le azioni edilicie, ma può anche valersi immediatamente delle azioni civili del contratto. A seconda dei diversi casi trovano anche applicazione diversi principii. Noi ci occuperemo dapprima delle azioni derivanti dal gius civile.

I. L'obbligo di rispondere dei vizi e difetti occulti della cosa è riconosciuto anche dal gius civile, e trattandosi di servi l'autore doveva rispondere non solo dei vizi e difetti del corpo, ma eziandio di quelli dell'animo e di tutti senza distinzione (1). Nè quest'obbligo di rispondere dei vizi e difetti occulti occorreva solo nelle compere o nelle permute, ma in tutti i contratti di buona fede. E capiremo di leggieri che non doveva esserne difficile l'applicazione ad essi, giusta quel principio del diritto romano: *ea quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire.* L'azione stessa però era diretta solamente a ottenere il risarcimento del danno, ma non mai la rescissione del contratto; e ancora, il diritto civile supponeva alcune condizioni subiettive. Esso non ammetteva cotesta responsabilità pei vizi e difetti occulti della cosa se non qualora l'autore l'avesse espressamente assunta, oppure sapendo di questi vizi, li avesse nondimeno taciuti (2). Che se ai tempi di Labeone si chiamò responsabile il venditore anche nel caso in cui ignorasse i difetti della cosa (3), ciò fu manifestamente sotto la influenza delle novità introdotte dall'editto degli edili, di cui passiamo a discorrere.

II. Veramente l'editto degli edili curuli non concerne che alla vendita di servi o di animali: *mancipia, pecora et ju-*

(1) L. 1. § 9. 10. L. 4 pr. § 4. D. de aedil. edicto 21. 1.
(2) Cic. de off. III. 16. 17.
(3) L. 6 § 4. L. 13 pr. § 1. D. de act. emti 19. 1.

menta (4); ma cotesta limitazione obbiettiva, che facilmente si spiega colla ristretta giurisdizione degli edili, fu poi tolta per interpretazione. Labeone e gli altri giureconsulti estesero le azioni dell'editto a qualunque maniera di cose vendereccie (5), salve le eccezioni richieste dalla natura stessa dell'oggetto; ovverosia: venendo ceduta una obbligazione, chè una obbligazione non può aver vizi; o venendo comperata una *universitas* come tale, perchè una università non è che un concetto, e quindi neppur essa può essere affetta da vizi; o trattandosi di un'*emptio spei*, perchè l'obbietto dell'affare non è formato dalla cosa ma dalla speranza. Queste però non sono che eccezioni; e quindi sta fermo il principio che l'editto curule è applicabile ad ogni maniera di cose. Ma può esso trovar ugualmente applicazione anche ad ogni sorta di affari? No certo. Oltre al caso della compera per cui venne introdotto originariamente (6), e' non può essere applicato che alla permuta (7); per cui negli altri affari di buona fede non potrebbero sperimentarsi che le azioni civili (8).

Gli obblighi che l'editto curule impone al venditore sono i seguenti:

1. Innanzi tutto egli risponde di ogni vizio corporale non denunciato, persino nel caso che non ne avesse avuto contezza (9). Si suppone peraltro che si tratti di vere qualità anomale, perchè la semplice mancanza di pregi non sarebbe vizio di sorta (10). Ancora, cotesti vizi non debbono essere affatto inconsiderevoli, ma tali da rendere la cosa impropria all'uso per cui è destinata, o da scemarne sensibilmente il valore (11). Debbono essere occulti, chè non si farebbe luogo alle azioni edilicie se il vizio fosse tale da non potersi ignorare dal compratore senza una

(4) L. 1. § 1. L. 38 pr. § 5 D. de aedil. ed.

(5) L. 1 pr. L. 63. D. eod.; cf. L. 49. D. eod.; L. 6. § 4. L. 13 pr. 4 D. de act. vend.; L. 4 C. de aedil. act. 4. 58.

(6) L. 63 D. de aedil. edicto.

(7) L. 19. § 5 D. de aedil. ed.; L. 2. D. de rer. perm. 19. 4.

(8) cf. L. 62. 63 D. de aedil. ed.

(9) L. 1 § 1. 2. L. 38 pr. D. de aedil. ed.

(10) L. 1 § 78. L. 4 § 6. L. 38 § 7. 8. 9. L. 43 pr. D. eod.

(11) L. 1 § 8. L. 4 § ult. L. 10 § 2. L. 12 § 1. D. eod.

colpa lata (12). È anche assolutamente necessario che abbiano esistito al momento in cui la compera fu conchiusa, mentre l'autore risponde solo di questi e non anche dei vizi sopravegnenti (13).

2. L'editto fa responsabile il venditore anche delle buone qualità della cosa, qualora le avesse espressamente garantite: *dicta et promissa* (14); ma è da avvertire che non potrebbero bastare all'uopo le semplici lodi (15).

3. Trattandosi di animali, il compratore ha eziandio diritto agli ornamenti, ch'essi avessero avuto al momento in cui il negozio venne conchiuso (16).

4. Infine il compratore di un servo o di animali può esigere dal venditore la *stipulatio duplae*, ovverosia la promessa di pagare il doppio del valore, quando si manifestassero dei vizi contemplati dall'editto, o non ci fossero le qualità garantite (17).

Per ciò che riguarda le azioni, esse sono diverse a seconda delle obbligazioni.

1. Trattandosi di vizi occulti o di qualità non esistenti l'edittto accorda due azioni: l'*actio aestimatoria*, detta altresì *quanti minoris*, e l'*actio redhibitoria*.

A. Il compratore che sperimenta l'*actio aestimatoria* mira a ottenere una diminuzione proporzionata del prezzo (18): ma se i vizi erano tali da togliere alla cosa ogni suo valore, il giudice doveva risguardare come prodotta l'azione redibitoria, e costringere il compratore alla restituzione dell'oggetto (19). L'azione stessa era ristretta al termine di un anno utile (20).

B. Il compratore può anche sperimentare l'*actio redhibitoria*,

---

(12) L. 1 § 6. L. 14. § ult. L. 48 § 3. 4. D. eod.; L. 15 § 1 D. de contr. emt.

(13) L. 54 D. de aedil. ed.; L. 3 C. de aedil. act.

(14) L. 1. § 1. L. 18 pr. L. 19 § 4. D. de aedil. ed.

(15) L. 19 pr. § 1. 3 D. eod.; L. 43 pr. D. de contr. emt.

(16) L. 38 pr. § 11 D. de aedil. ed.

(17) L. 28. L. 62 D. eod.; L. 31. L. 32 pr. D. de evict. 21. 2; L. 14 C. de A. E. V. 4. 49.

(18) L. 31 § 16. D. de aedil. ed.; L. 32 § 1 D. de evict. 21. 2.

(19) L. 43. § 6. D. de aedil. ed.; L. 25 § 1 D. de exc. rei jud. 44. 2.

(20) L. 19. § 10. L. 38 pr. L. 48. § 2 D. de aedil. ed.; L. 2 C. de aedil. act.

e domandare con essa la rescissione del contratto (21). In questa ipotesi egli dovea restituire tutti i frutti percetti e percipiendi, con ogni lucro e con tutte le accessioni (22): rispondeva anche di ogni deterioramento imputabile a sua colpa, o a colpa dei suoi appartenenti o tutori o curatori (23). Che se aveva aggravato la cosa con qualche onere, doveva prima svincolarnela (24). Dall'altro canto anche il venditore doveva restituire tutto ciò che aveva ricevuto: il prezzo insieme cogli interessi (25), e quanto aveva ottenuto oltre il prezzo (26). Rispondeva altresì di tutte le spese utili e necessarie (27), come pure di ogni danno che la cosa venduta avesse cagionato al compratore (28). Avverto però, per ciò che riguarda cotesto risarcimento del danno, che il compratore non aveva mai un'azione, ma solo un diritto di retenzione (29); oltredichè, se il danno era tale da oltrepassare il valore della cosa, il venditore poteva sottrarsi all'obbligo del risarcimento, lasciando la cosa al compratore (30).

In specialità giova tener fermi i seguenti principii:

Se l'oggetto è perito per un caso fortuito nelle mani del compratore, questi, sebbene si trovi nella impossibilità di restituirlo, può nondimeno valersi dell'azione redibitoria (31).

Se l'oggetto del contratto consta di più cose, e una di esse soltanto è affetta da vizi occulti, il compratore, che vuole sperimentare l'azione redibitoria, deve restituirle tutte, non potendo cotesta azione essere prodotta per una cosa soltanto (32).

Nel caso che vi fossero più compratori di un oggetto o più eredi di un compratore, essi dovevano accordarsi circa l'azione: se invece vi erano più venditori, il compratore poteva speri-

(21) L. 23 § 7. D. de aedil. ed.
(22) L. 1 § 1. L. 23 § ult. L. 43 § 5. D. de aedil. ed.
(23) L. 1 § 1. L. 23 pr. L. 25. pr. § 1-8. L. 31 § 11-15 D. eod.
(24) L. 21 § 1. L. 43 § 8 D. eod.
(25) L. 27. L. 29. § 2. L. 31. pr. D. eod.
(26) L. 1 § 1. L. 27. L. 29 § 2 D. eod.
(27) L. 29 § 3. L. 30 § 1 D. eod.
(28) L. 23. § 8. L. 29 § 3. L. 31. pr. L. 58 pr. D. eod.
(29) Vedi la nota precedente.
(30) L. 23 § 8. L. 31 pr. L. 58 pr. D. eod.
(31) L. 31. § 1. L. 47 § 1. L. 48 pr. D. eod.
(32) L. 34. 35. 38. pr. § ult. L. 39. 40 pr. D. eod.

mentare l'azione estimatoria contro l'uno e la redibitoria contro l'altro (33).

Non adempiendo il venditore ai suoi obblighi, l'azione cresceva del doppio (34).

Quant'è al termine della prescrizione, esso era ancora più breve che per l'azione estimatoria, perchè ristretto a soli sei mesi utili (35).

È anche osservabile che l'attore ha libera la scelta tra l'azione estimatoria e l'azione redibitoria (36), salvo in alcune circostanze affatto secondarie, alle quali non può trovare applicazione che la prima (37).

2. Similmente l'editto degli edili accordò due azioni al compratore anche nel caso degli ornamenti, cioè: l'*actio de ornamentis restituendis* e l'*actio redhibitoria*; ma l'una e l'altra non duravano che due mesi utili (38).

3. Finalmente spettavano due azioni al compratore anche per la stipulazione del doppio: l'azione estimatoria, colla quale poteva domandare il pieno interesse entro sei mesi; e l'azione redibitoria, che era limitata a due mesi (39).

Eccezionalmeute cessavano tutti questi rimedi edilici: quando il venditore poteva provare che i vizi erano noti al compratore (40); o vi ostava una speciale convenzione (41); o si trattava di una vendita fiscale (42).

---

(33) L. 31 § 5-7. 10 D. eod.

(34) L. 45 D. eod.

(35) L. 19 § 6. L. 38 pr. L. 48 § 2. D. eod.

(36) L. 1 § 1. L. 18 pr. L. 38 pr. D. eod.; L. 25. § 1 D. de exc. rei judic. 44. 2.

(37) L. 48. § 8. D. de aedil. ed.

(38) L. 38 pr. D. eod.

(39) L. 28 D. eod.

(40) L. 14. § ult. L. 48 §. 4 D. eod.

(41) L. 14 § 9. D. eod.

(42) L. 1. § 3. D. eod.

bb. *Garanzia per l'evizione.*

Tit. D. de evictionibus et duplae stipulationibus (21. 2); C. de evictionibus (8. 45); Creditorem evictionem pignoris non debere (8. 46).

Glück, XX p. 169. seg. **Müller**, die Lehre des R. R. v. d. Eviction. Ala 1851. **Bekker**, zur Lehre von der Evictionsleistung (nei suoi Jahrb. VI. p. 229-336). **Neustetel**, üb. theilweise Eviction (Arch. f. civ. Prax. VII. 10). **Bekker**, de evictione citra stipulationem praestanda Berl. 1849. **Hassenpflug**, üb. das Rechtsverhält. zwischen Verkäufer u. Käufer v. Grundst., die mit hyp. Schulden belastet sind (Kl. Schriften I. 11). **Wening**, üb. d. Gewährleistung b. d. Vergleiche (Arch. f. civ. Prax. I. 10) **Thibaut**, üb. die Verpflictung des Schenkers zur Evictionsleistung (Abhandl. n. 4). Il medes. Erklärung der L. 22 § ult. u. der L. 23 D. de pign. act. (Vers. I. 6) **Schweppe**, leistet der Schenker Eviction? (Jur. Magaz. n. 10 D.). **Gensler**, Verwandtschaft der Adcitatio, Nominatio autoris u. Litisdenunciatio mit den Interventionen (Arch. f. civ. Prax. IV. 15.) **Duntze**, einiges üb. die Verbindlichkeit zur Litisdenunciation (Ibid. X. 6). **Gesterding**, de Litisdenunciat hat das Recht, aber keine Verbindlichkeit dem Litisdenuncianten beizustehen (Ausbeute I. 13. 5 e Forts. II. 11. 9). **Köchy**, die Unterlassung der Litisdenunciation hebt die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung nicht auf, wenn das Recht des Entwährers unzweifelhaft ist (nelle sue Medit. n. 2.). **Dernburg**, etwas üb. Streitverkünd. in s. g. regressarischen Rechtsstreiten (Giess. Zeitschr. N. S. II. 1). **Vangerow** § 610.

L'editto degli edili suppone necessariamente dei *vitia corporis traslati*: l'obbligo di cui ora prendiamo a discorrere suppone sempre dei *vitia in jure transferentis*. La cosa ciòè si dice evinta, quando un terzo la contrasta a colui al quale fu trasferita; e si dice dell'autore che presta per l'evizione, quando gliene risarcisca il danno.

La prestazione stessa ha un doppio fondamento; perchè può derivare da una particolare convenzione o da una immediata dispozione di legge.

La prestazione convenzionale era cosa molto frequente presso i Romani, molto più che non soglia esserlo tra noi. Essa si soleva pattuire con uno speciale contratto, che d'ordinario era la *stipulatio duplae*, ogni qual volta si verificava un affare che non fosse affatto privo d' importanza. Cotesta prestazione però derivante da convenzione non ha nulla di particolare, e noi non fermeremo la nostra attenzione che sulla prestazione legale, intorno a cui possono stabilirsi i seguenti principii.

1. L' obbligo di prestar evizione è riconosciuto dalla legge ordinariamente in tutti i negozi onerosi che trasmettono un diritto, p. es. nella compra-vendita (1), nella permuta e quindi in

(1) L. 11 § 2. D. de A. E. V. 19. 1; L. 60 D. de evict 21. 2.; L. 6. C. eod. 8. 45.

tutti gli altri contratti reali innominati (2), nella *datio in solutum* (3), nel contratto pignoratizio (4), nella divisione di una eredità comune (5), e in altri molti. Alcune particolarità presentano la transazione, la locazione e conduzione, la donazione e la dote: ma parleremo di esse di mano in mano che ne avremo il destro. Quant'è alle cose a cui trova applicazione, osserviamo che può occorrere in ogni maniera di cose, nelle mobili del pari che nelle immobili, nelle fungibili del pari che nelle infungibili, nelle corporali del pari che nelle incorporali, e in specialità trattandosi di obbligazioni, di diritti reali sulla cosa altrui e di università, purchè non venga evinta una singola cosa, ma tutta l'*universitas* o una parte aliquota di essa (6). Ad ogni modo si suppone che v'abbia un *vitium in jure transferentis* una *ablatio rei per judicem* e una *litis denunciatio,* dei quali requisiti materiali è duopo che discorriamo partitamente.

Innanzi tutto è necessario un vizio inerente al diritto dell'autore: *vitium in jure trasferentis.*

Precisamente, trattandosi di un negozio il quale trasferisce la proprietà, v'avrebbe un vizio allorquando l'autore non fosse proprietario (7), o non avesse che un dominio revocabile *ex tunc*, o competesse a un terzo un' *actio in rem scripta* sovra la cosa, o questa fosse aggravata da *jura in re aliena* (8), ad eccezione delle servitù reali. Queste ultime cioè non ammettevano alcun obbligo di prestar evizione, se non qualora l'autore avesse promesso espressamente un *fundus optimus maximus*, cioè libero appunto da ogni servitù reale (9), o qualora non ostante che ne avesse avuto notizia, le avesse taciute all'acquirente (10). Pre-

(2) L. 1 § 1. D. de rer. perm. 19. 4; L. 29 C. de evict. 8. 45.
(3) L. 4. C. eod.
(4) L. 16. § 1. L. 32. D de P. A. 13. 7.
(5) L. 66. § ult. D. de evict.
(6) L. 5. D. de evict.; L. 1 C. eod.
(7) L. 1. L. 45. L. 53. pr. D. de evict.; L. 23. § 1. D. de usurp. et usuc. 41. 3.
(8) L. 66 pr. D. de contr. emt.; L. 46. pr. D. de evict. - L. 34. § 2. L. 35. 63. § 1. D. eod.; L. 3. C. eod.
(9) L. 59. D. de contr. emt. 18. 1; cf. L. 75. D. de evict.
(10) L. 1. § 1. L. 39. D. de A. E. V. 19. 1.

scindendo da questi due casi, una servitù reale non poteva mai far luogo a quest'obbligo derivante dalla evizione, chè i Romani partivano dall' idea che una servitù reale non fosse un vizio. E ciò che vale delle servitù trova applicazione anche ai tributi, che non altrimenti delle servitù reali, sono cose talmente normali in un fondo da escludere l' idea che la proprietà possa riescirne viziata (11).

Trattandosi della cessione di una obbligazione, il cedente, come sappiamo, doveva rispondere dell'evizione quando l'obbligazione ceduta era *ipso jure* priva di fondamento o vi ostava una *justa exceptio*, ma non anche nel caso che il cessionario non potesse realizzarla a motivo della insolventezza del debitore ceduto, chè in questa ipotesi non vi aveva alcun vizio nel diritto dell'autore (12).

Un secondo requisito è l' *ablatio rei per judicem*. La cosa cioè dev' essere stata sottratta all' acquirente per una sentenza del giudice ordinario. È quindi necessaria una sentenza di questo giudice; e s' intende che non v' avrebbe luogo a pretesa allorquando la cosa fosse stata tolta all' acquirente per un decreto del principe o per un atto del potere legislativo (13), o l'acquirente avesse restituita la cosa all' evincente per transazione o in seguito a una decisione di arbitri (14). La sentenza medesima deve fondarsi nel vizio inerente al diritto dell'autore; e quinci ne consegue che il diritto alla prestazione verrebbe meno allorquando fosse stata pronunciata in contumacia (15), o per imprudenza od errore del giudice (16). Ma v' ha di più. La sola cosa giudicata non bastava a fondare la prestazione, salvo se l'autore si trovava in dolo (17), o l'acquirente era per un titolo speciale succeduto all'evincente e per questo riteneva la cosa (18). Fuori di questi casi eccezionali era necessario sempre che la sentenza avesse avuto esecuzione; e quindi, se importava

(11) L. 21. § 1. D. de A. E. V.; L. 9. C. eod. 4. 49.
(12) Vedi l'articolo sulla cessione dei crediti n. 18.
(13) L. 11. pr. D. de evict.; L. 17. C. de A. E. V. 4. 49.
(14) L. 56. § 1. L. 76. D. de evict.; L. 17 C. eod.
(15) L. 29. § 1. L. 56. § 3. L. 63. § 2. L. 66. pr. D. eod.
(16) L. 51. pr. D. eod.; L. 8. 15. C. eod.
(17) L. 4. pr. L. 30. § 1. D. de A. E. V.
(18) L. 9. L. 41. § 1. D. de Ev.

la restituzione di una cosa, l'acquirente doveva averla effettivamente restituita o pagatane la estimazione all'avversario (19).

Un'ultima condizione è la denunciazione della lite. L'acquirente contro il quale veniva incamminato il processo di evizione, doveva informarne il suo autore e domandare la di lui assistenza nella lite che stava per sostenere (20). Ancora, gli correva obbligo di farlo in un tempo in cui l'assistenza dell'autore poteva riuscire di giovamento: *dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat* (21): ma non importava che l'autore avesse aderito o no all'invito di lui (22). Cessava quest'obbligo della denuncia quando l'autore vi aveva espressamente rinunciato (23), o a bella posta la impediva (24), o era stato cercato inutilmente, quand'anche non si potesse provare che avesse la deliberata intenzione di tenersi nascosto (25).

2. L'obbligo dell'autore è di risarcire tutto l'interesse all'acquirente, l'*omne id quod interest:* non solo il prezzo, ma ogni danno, anche indiretto, che fosse derivato dall'evizione. Perciò poteva darsi ch'egli fosse tenuto a risarcire molto più di quello che aveva ricevuto, senza distinguere se versava in dolo o in colpa (26): ma d'altra parte poteva anche darsi che avesse a risarcire molto meno, perchè l'acquirente non può pretendere che il risarcimento del danno esistente al momento della evizione. Del resto l'azione con cui questi faceva valere il suo diritto non era un'azione particolare, ma l'azione stessa del contratto. Posto che vi fossero più autori conveniva distinguere se erano successivi o contemporanei. Nella prima ipotesi l'acquirente al quale veniva evinta la cosa, non poteva attenersi che al suo prossimo autore, cioè all'ultimo (27); nell'altra poteva attenersi a tutti indistintamente, e questi erano obbligati *pro rata.*

---

(19) L. 16. § 1. L. 21. § 2. L. 57. pr. D. de Ev.
(20) L. 1. C. de peric. et com. rei vend. 4. 48.; L. 8. 9. C. de Ev.
(21) L. 29. § 2 D. de Ev.
(22) L. 23. C. de Ev.
(23) L. 63. pr. D. de Ev.
(24) L. 56 § 5 D. de Ev.
(25) L. 56. § 6. D. de Ev.
(26) L. 8. L. 60. L. 66. § 3 L. 70. D. de Ev.; L. 9. L. 23. C. eod.
(27) L. 59. D. de Ev.

Lo stesso accadeva quando l'autore moriva lasciando più eredi (28). I fideiussori dell'autore erano pure obbligati per la evizione, e l'acquirente poteva sperimentare l'azione anche contro di essi in caso di necessità (29). Se la cosa era stata alienata dal creditore ipotecario, il compratore evinto doveva attenersi non a lui ma al debitore. Tale è almeno la regola (30): ma è noto com' essa non possa intendersi che con grandi restrizioni (31).

3. Cessa l'obbligo di garantire la evizione allorquando v'abbia un patto *de non praestanda evictione*: ma si suppone naturalmente che l'autore non versi in dolo; perchè se a mo' di esempio avesse venduta scientemente una cosa altrui, sottacendo cotesta circostanza all'acquirente, il patto non reggerebbe (32). Insomma ci vuole la buona fede dell'autore. Il quale in questa ipotesi, giusta la sentenza di Ulpiano, non solo non ha l'obbligo di prestare l' interesse, ma non ha neppure quello di restituire il prezzo ricevuto. Avverto però che la cosa è molto controversa, e lo era anche per i Romani. Ulpiano stesso ricorda l'opinione di Giuliano, che sebbene in modo dubitativo riteneva, come si ritenne comunemente dai più sino ai dì nostri, che il patto *de non praestanda evictione* liberasse bensì l'autore dalla prestazione dell' interesse, ma non anche dalla restituzione del prezzo ricevuto (33).

Nè dissimile è un'altra controversia, se cioè sussista l'obbligo della prestazione allorquando il vizio inerente al diritto dell'autore era noto all'acquirente al momento dell' acquisto. Io considero questa come una tacita rinuncia, e nego quindi che l'acquirente possa aver diritto alla prestazione evizionale (34): non-

---

(28) L. 29. L. 39. § 2. D. de Ev.

(29) L. 41. § 2. D. de Ev.; L. 7. L. 18. C. eod.

(30) L. 10. D. de distr. pign.; L. 12. C. creditorem evictionem non debere. 8. 46.

(31) L. 1. C. cred. evict. non debere — L. 11. § 6. D. de A. E. 19. 1; L. 1. 2. C. cred. evict. non deb. — L. 8. § 1. L. 22. § 4. D. de pign. act. 13. 7.; cf. L. 59. § 3 D. mand.

(32) L. 6. § ult. L. 11. § 15. 16. 18 fin. D. de A. E. V. 19. 1.

(33) L. 11 § 18 D. de A. E. V.

(34) L. 27 C. de Ev.; L. 7. C. comm. utriusq. judic. 3. 38; cf. Arg. L. 57 § 2. 3. D. de contr. emt. 18. 1; L. 4. § 5. D. de dol. mal. exc. 44. 4.

dimeno vi sono molti, i quali pur ammettendo ch'ei non possa pretendere l'interesse, asseriscono per altro che possa domandare la restituzione del prezzo.

---

cc. *Garanzia per lesione enorme.*

Glück, Commentar XVII p. 19 seg. **Batz,** abhandl. n. 14 e 15. **Weisseneck,** lässt sich eine Ausdehnung der Const. 2 C. de rescind. vendit. auf den Käufer rechtfertigen? (Arch. f. civ. Prax. IV. 8). **Dedekind,** de vera indole et vi laes. enorm. Gott. 1837. **Chambon,** üb. die Const. 2 C de rescind. vendit. (Beiträge zum Obligationenr. p. 111 seg.). **Köchy,** die Querel der unmässigen Verletzung findet auch bei Subhastationen statt (Medit. n. 15), nicht bei dem Vergleich (Ibid. n. 16.) **Vangerow** § 611.

Due rescritti dello imperatore Diocleziano (1), i soli che parlano di questa lesione, riguardano il caso speciale della vendita di un fondo, e stabiliscono il principio che il venditore possa chiedere la rescissione del negozio se il prezzo ricavatone non corrisponde neppure alla metà del valore del fondo. Si disputa peraltro se i due rescritti suaccennati sieno da limitarsi a questo caso speciale od estendersi anche al compratore e alle cose mobili e persino ad altri contratti onerosi oltre la compera.

Alcuni osservano che la rescissione di un contratto per lesione troppo grave era permessa anche prima di quei due rescritti, e a ragione permessa, perchè è cosa manifestamente contraria a un *bonae fidei judicium* il mantenere siffatto negozio non ostante che la lesione sia eccessiva: *quia in bonae fidei judiciis quod inaequaliter factum esse constiterit in melius reformabitur*. La novità della decisione imperiale starebbe unicamente nell'aver determinata la natura della lesione enorme, che cioè s'avesse a riguardare per tale solo nel caso che non fosse pagata neppure la metà del vero prezzo. In tal modo i due rescritti non conterrebbero alcuna singolarità; ed anzi sembra che lo stesso imperatore s'inspirasse a un principio di maggior portata quando diceva che era umano, *humanum est*, il rescindere il negozio per tal motivo. Per tal modo si ammette che

---

(1) L. 2. 8. C. de resc. vend. 4. 44;

una rescissione per lesione enorme possa trovare applicazione in tutti gli affari bilaterali, purchè la natura individuale di un dato affare non la escluda.

Altri invece avvertì che la premessa di cotesti interpreti, che cioè la rescissione per lesione enorme fosse nota anche all'antico diritto, è assolutamente dubbia ed incerta. Anzi i Romani ammettevano il principio: *naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*; o con altre parole: sebbene la morale del commercio esiga fino a un certo grado una giusta proporzione tra la prestazione dell' una parte e quella dell'altra; non v' ha però una misura oggettiva e generale che nel campo del diritto possa venire con verità e sicurezza imposta alla volontà dei contraenti. Di qui il principio riconosciuto dai Romani che la validità giuridica del singolo affare non possa dipendere dalla giustezza e qualità di quella proporzione, ma ognuno dei contraenti possa adoprare contro l'altro le arti lecite del commercio, e armarsi a vicenda, e godere alla fine i frutti della sua prudenza, o patire i danni della sua leggerezza. Nè questo principio ammette una eccezione se non nel caso contemplato dai due rescritti suaccennati, i quali contengono perciò un gius singolare, il quale è tanto meno suscettivo di estensione perchè campeggiano dei motivi per esso che non si saprebbero riscontrare in altri casi. Infatti può accadere e accade più volte che taluno sospinto dal bisogno si lasci strappare una cosa a vilissimo prezzo da altra persona, che conoscendone le circostanze, ne approfitta: ma non accade così di leggieri che taluno per bisogno si trovi in condizione di comperare a un prezzo esorbitante. Ancora, supponendo che quei due rescritti contengano una decisione singolare, si può spiegare di leggieri ciò che non si saprebbe altrimenti, il perchè dopo Dioclezano sieno stati ignorati a segno che Costantino ed altri imperatori (2) stabilirono anzi il principio opposto, che cioè non si possa rescindere nessuna vendita a motivo di un prezzo vile, se non nel caso che vi si aggiunga il dolo del compratore. Infatti primo Giustiniano li fece rivivere.

Quanto a me tengo per fermo che i due rescritti imperiali

---

(2) L. 1. 4. 7. C. Th. de contr. emt. 3. 1.

vanno limitati al caso speciale della vendita: soltanto il venditore può per lesione enorme domandare la rescissione del negozio, la quale ha per effetto che ambe le parti debbono restituir tutto per intero. Và però avvertito che il reo ha un singolare beneficio, d'impedire cotesta rescissione del negozio pagando il giusto prezzo, cioè il vero e pieno valore della cosa e non già tanto che basti per tor via la lesione enorme come tale. In altri termini egli è un caso di una *facultas alternativa.*

D. *Modi di garantire l'esecuzione delle convenzioni.*

a. *Osservazioni generali.*

I modi coi quali il creditore può assecurarsi l'adempimento della obbligazione contratta verso di lui possono essere di varia specie. V'hanno dei modi reali di assecurazione, come l'ipoteca e il pegno, dei quali non possiamo occuparci in questo luogo: ma ve n'ha anche di personali, come l'intercessione, il giuramento, la caparra e la pena convenzionale. Della intercessione abbiamo fatta parola altrove: qui non tratteremo che degli altri.

b. *In specie.*

aa. *Il giuramento promissorio.*

Gesterding, üb. d. Einfluss promissorischer Eide auf die Rechtsbeständigkeit der Geschäfte (Ausbeute I. 3. 1) ed über die Verbindlichkeit des Eides bei ungültigen Rechtsgeschäften für den Erben (Ib. n. 3. 2). **Vangerow** § 170.

Accadde molto di frequente presso i Romani, e accede anche tuttogiorno di corroborare una obbligazione con un giuramento promissorio: ma questo per diritto romano non aveva se non l'effetto di dare un impulso morale all'adempimento della promessa. Invece il giuramento promissorio non poteva vincolare il promittente o contraente più di quello lo era senza di esso,

e in specialità un negozio nullo non acquistava validità per esso (1). Nondimeno sonvi delle eccezioni a questa regola. La promessa giurata del liberto di prestare delle opere al patrono diventava efficace appunto in forza del giuramento (2). Oltrecciò un maggiorenne che rompeva una transazione giurata incorreva nell'infamia (3). Ancora, per un rescritto di Alessandro Severo era negata la restituzione in intero al minore che vi avesse rinunciato con giuramento (4).

Questo rescritto però fu diversamente interpretato dai glossatori. Bulgaro lo volle riferito unicamente ai negozi validi per se medesimi, e questa interpretazione è certo più consentanea allo spirito del gius romano; Martino invece lo interpretò più largamente e lo volle applicato p. e. al caso della alienazione di un fondo fatta dal minore senza decreto dell'autorità. Federigo I, accettando l'opinione di Martino, sancì con una sua legge (5), che il giuramento di un minore di non impugnare una convenzione dovesse venir osservato sempre impreteribilmente, e anche il gius canonico ispirò le sue disposizioni agli stessi principii.

---

bb. *La caparra.*

Donelli, comment. XIII. c. 1 § 15 seg. **Glück,** XVI p. 91 seg. **Zumbach,** de arrha contrahentium Iena 1828.

Un mezzo più importante onde corrobare le convenzioni è l'arra o caparra. Avviene non di rado nelle convenzioni bilaterali che uno dei contraenti dia all'altro una certa somma di pecunia o altra cosa in segno che la convenzione è perfetta e per assecurarne indirettamente l'adempimento; e sebbene le nostre fonti non ne parlino che in due casi, cioè a proposito degli

(1) L. 7. § 16. D. de pact. 2. 14; L. 5. § 1. C. de legib. 1. 14; Nov. 51 pr.; Nov. 88. c. 11.

(2) L. 7. pr. § 1. D. de op. lib. 38. 1; L. ult. pr. D. de lib. ca. 40. 12.

(3) L. 41. C. de trans. 2. 4.

(4) L. 1. C. si adv. vend. 2. 28.

(5) Auth. Sacramenta puberum ad L. 1. C. cit.

sponsali e della compra-vendita, ciò non toglie ch'essa possa venir applicata anche ad altri negozi. La caparra medesima può esser data prima che sia conchiusa la convenzione o dopo, e noi dobbiamo considerare l'uno e l'altro di questi casi.

L'arra può esser data prima che la convenzione sia conchiusa, *arrha pacto imperfecto data;* e il suo scopo è di rendere in certo modo necessaria cotesta conchiusione che per se stessa dipende dall'arbitrio degli interessati. In forza di essa nessuna delle parti può recedere arbitrariamente senza danno: che se pure l'una o l'altra si ritirasse, come ne avrebbe il diritto, perderebbe l'arra quando l'avesse data, o dovrebbe dare il doppio quando l'avesse ricevuta. Naturalmente dopo conchiusa la convenzione la caparra va sempre restituita (1).

Può accadere peraltro ch'essa venga data dopo conchiusa la convenzione, *arrha pacto perfecto data*, e presso i Romani lo era solamente in segno di questa conchiusione, *arrha confirmatoria*. In questo caso essa vuol essere restituita tanto se la convenzione viene adempita, quanto se viene sciolta senza colpa di una delle parti (2): altrimenti va perduta (3). Oggigiorno la caparra può anche avere il carattere di una pena, e in questa ipotesi colui che l'ha data ottiene il diritto di recedere arbitrariamente dalla convenzione purchè si adatti a perderla. Questa è l'arra penitenziale; ma i Romani non la conoscevano.

---

cc. *La clausola penale.*

Lauterbach, de poena conventionali Tob. 1666. **Glück** IV. p. 529 seg. **Gersten,** de poena conventionali Lips. 1839. **Liebe,** Pönalstipulation nella sua Stipulat. § 24. **Heimbach** Conventionalstrafe (Rechtslexicon di Weiske). **Vangerow** § 614.

Anche la stipulazione di una pena, *poena conventionalis*, soleva aggiungersi ad altre convenzioni per assecurarne indirettamente la efficacia. Precisamente essa era una prestazione alla quale taluno si obbligava al momento in cui conchiudeva una conven-

(1) pr. I. de vend. et emt.; L. 17. C. de fide instr. 4. 21.
(2) L. 11. § 6. D. de A. E. V.
(3) L. 6. pr. D. de lege commiss. 18. 3.

zione pel caso che la sua promessa non avesse effetto; e poteva verificarsi tanto in obbligazioni valide quanto eziandio in obbligazioni affette da nullità. Queste però non dovevano essere nè impossibili (1), nè illecite (2): altrimenti anche la clausola penale era nulla. D'altra parte l'obbligazione principale poteva avere validità per se medesima, ma la clausola contenere qualche cosa *contra bonos mores*, e la pena era vacua di effetto anche in questa ipotesi (3).

Intorno alla sua quantità e qualità decide naturalmente la volontà delle parti: il più delle volte essa consisterà in danaro, ma può consistere anche in altre cose. Ned è punto necessario che la sua entità sia proporzionata all'entità dell'oggetto principale (4), purchè non sia stata aggiunta per frodare la legge (5).

Quant'è al tempo in cui può dirsi incorsa, *poena committitur*, convien distinguere. Se fu promesso di ommettere qualche cosa, la pena è incorsa dal momento che il debitore fa quello che giusta la sua promessa non avrebbe dovuto fare. Se invece l'obbligo principale consiste in qualche fatto positivo, bisogna guardare se vi sia o no apposto un termine. Supponiamo che sia stato fissato un termine. La pena in questa ipotesi è incorsa fin dal momento in cui questo termine è spirato (6): altrimenti dall'istante in cui la prestazione poteva verificarsi (7). Sembra per altro che alcuni giureconsulti cercassero di mitigare il rigore della legge esigendo anche la interpellazione; ma Giustiniano rigettò formalmente siffatta sentenza (8). Invece è ammesso che il debitore convenuto dal creditore possa liberarsi dalla pena fino alla contestazione della lite, adempiendo l'obbligo principale (9).

---

(1) L. 69. D. de V. O. 45. 1.

(2) Cf. L. 26. 35. 123. D. de V. O.

(3) L. 61 pr. L. 134. pr. D. de V. O.; L. 2. C. de inut. stip. 8. 39.

(4) L. 56. pr. D. de evict. 21. 2; cf. L. 32. pr. D. de recept. 4. 8. L. 38. § 17. fin. D. de V. O.

(5) L. 13. § 26. D. de A. E. V. 19. 1; L. 9. pr. L. 44. D. de usur. 22. 1.; L. 5. C. eod. 4. 32.

(6) L. 23 D. de O. et A. 44. 7.; L. 12 C. de contr. stip. 8. 38.

(7) L. 115. § 2 D. de V. O.

(8) L. 12. C. de contr. stip. 8. 38.

(9) L. 21. § ult. L. 22. 23. pr. L. 52. D. de recept. 4. 8.; L. 122. § 2. D. de V. O.

La clausola stessa produce diversi effetti secondo i casi. Può darsi che essa non sia un semplice accessorio di altra obbligazione, p. es. quando è così concepita: *Pamphilum dari spondes? si non dederis centum dari spondes?* In questo caso anche la stipulazione penale è una obbligazione principale e non accessoria di un' altra: la relazione che corre tra essa e l'altra obbligazione sta solamente in ciò, che il non adempimento di quest'ultima vi è aggiunto come una condizione per essa. Avverandosi adunque la condizione, si potranno domandare cumulativamente ambe le prestazioni, cioè tanto l'adempimento quanto la pena, purchè ciò risulti da speciali motivi (10): altrimenti la prima obbligazione conchiusa puramente si estingue e sottentra in sua vece la obbligazione condizionata, sicchè da questo istante havvi in certo modo una novazione (11).

Può essere però che v'abbia veramente solo un'obbligazione principale, e la pena non vi sia aggiunta che come obbligazione accessoria a securtà di essa. In questa ipotesi le due obbligazioni sono ordinariamente alternative, e la scelta ne spetta al creditore. Tale almeno è la regola (12). Soltanto in via di eccezione il creditore poteva domandarle ambedue se questa era la intenzione delle parti, in ispecie se la pena era stata aggiunta precisamente pel caso di un ritardo della prestazione dovuta (13). Parimenti poteva darsi in via di eccezione che il creditore non potesse domandare che la pena; e ciò si verificava quando la obbligazione principale era nulla, verbigrazia se la prestazione era stata promessa a un terzo. Per ultimo la pena poteva avere il carattere di una multa penitenziale, e allora era lecito al de-

10) L. 115. § 2. de V. O.

(11) L. 44. § 6. D. de O. et A.; cf. L. 1. § 8. D. ad leg. Falc. 35. 2.; L. 24. D. quando dies legat. 36. 2.; v. anche L. 115. § 2. fin. D. de V. O.: L. 1. D. de penu legata 33. 9.; L. 19. D. quando dies legat.

(12) L. 41. 42. 71. D. pro socio 17. 2; L. 28 D. de A. E. V. 19. 1; L. 4. § 7. D. de dol. mal. exc. 44. 4; L. 14. C. de pact. 2. 3. — L. 10. § 1. D. de pact. 2. 14; L. 15. D. de transact. 2. 15; L. 12. § 2. D. de pact. dotal. 23. 4; L. 40. C. de transact. 2. 4.

(13) L. 16. D. de transact. 2. 15; L. 17. C. eod.; cf. L. 122. §, ult. D. de V. O.

bitore di liberarsi dall'adempimento della obbligazione principale, pagando la pena.

Naturalmente il diritto di esigere la pena convenzionale cessa dal momento che la obbligazione principale è validamente estinta. Ma se un caso fortuito ne avesse reso impossibile l'adempimento? qual effetto produrrà questa fortuita impossibilità sulla pena convenzionale? Tanto è certo, che il creditore non vi avrebbe alcun diritto quando egli stesso fosse stato cagione di cotale impossibilità (14): ma anche fuori di questa ipotesi crediamo che il debitore possa prevalersi della impossibilità fortuita all'effetto di liberarsi dalla pena, purchè somministri la prova che non dipese da lui se la obbligazione principale non fu punto eseguita: *quod per eum non stetit quominus solveretur* (15).

---

2. Dei delitti.

Matthaeus, commentarius ad lib. 44 et 48 Dig. de criminibus. Amsterd. 1644. **Rein**, das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus, Lipsia 1844. **Duboys**, histoire du droit criminel des peuples anciens 1845. **Zumpt**, das Criminalrecht der röm. Republik I. Berl. 1865.

A. *Nozione e specie dei reati.*

Matthaeus, de crimin. proleg. p. 1. seg. **Savigny**, de concursu delict. form. Marb. 1803. **Hugo**, hist. divis. del. publ. et priv. Tobinga 1806. **v. d. Ton**, de delictis Lovan. 1822. **Iarcke**, de summis praec. jur. Rom. de delictis Gott. 1822 **Winssinger**, de delictis culpos. Brussel. 1822. **Stadler**, üb. die Eintheilung der Verbrechen Eidelb. 1823. **Birnbaum**, üb. den Unterschied zwischen crimen u. delictum bei den Römern (Arch. des Criminalr. VIII. p. 396 seg. 643 seg. IX. p. 339 seg. N. S. II p. 321 seg.). **Bosch-Kemper**, da indole jur. crim. ap. Rom. Leyden 1830. **Hagen**, quale sit discrimen int. del. publ. tam ordin. quam extraord. atque priv. ex principiis iur. Rom. Gott. 1832. **Walter**, Gesch. des R. R. Bonn 1840. 3 ed. 1860 II. p. 436 seg. **Luden**, Abhandlungen aus dem Gebiete des gem. d. Strafrechts II. Gott. 1840 p. 138-166. **Platner**, quaest. de jure crim. Romanor. praesertim extraordin. Marburgo 1842. **Geib**, Gesch. der röm. Criminalprocesses Lips. 1842 p. 402 seg. **Rein**, Criminalr. der Römer Lips. 1844 p. 92 seg.

---

(14) L. 1. § 3. D. de eo per quem factum erit 2. 10; L. 22 § 3, L. 40 D. de recept. 4. 8; L. 9. § 1. D. de usur. 22. 1; L. 8. D. de naut. foenor. 22. 2; L. 122. § 3. D. de V. O. 45. 1.

(15) cf. L. 9. D. de naut. foen. 22. 2; L. 1. L. 8. D. ad leg. Falc. 35. 2; L. 77. 115. § 2. D. de V. O. 45. 1.

La parola delitto presa etimologicamente non esprime che una colpa di ommissione, perocchè derivi da *delinquere* che significa *praetermittere, quod non opportet praeteriri, hinc deliquia et delicta.* Tale infatti fu la sua significazione più antica: ma a poco a poco questo vocabolo si adoperò ad esprimere tutti i reati, come quelli che a ben guardare son tutti una ommissione, una deviazione dal prescritto della legge, una violazione di essa. Similmente la parola crimine, che deriva da *cernere*, e nella sua significazione etimologica esprime ciò che il giudice deve investigare e decidere, e quindi l'obbietto del processo, fu adoperata eziandio a dinotare l'accusa, come quella che era necessaria ad ogni decisione; e perchè l'accusa ha per fondamento una lesione del diritto, così non farà meraviglia che si adoprasse anche in questa significazione, come si usavano generalmente i termini *maleficium, facinus, flagitium, scelus ecc.* Per il che il crimine o delitto nel suo significato estrinseco o formale dinota ogni lesione giuridica che la legge penale minaccia con una pena: nondimeno l'uno e l'altro erano anche termini tecnici; e i *crimina*, che ordinariamente si chiamavano *publica,* distinguevansi dai *delicta*, che comunemente erano detti *privata.*

Sarebbe però errore il credere che il fondamento di cotesta divisione consistesse nell' indole della pena, come asseriscono il Martin, l'Abegg ed altri, o nella qualità della lesione giuridica, come si pretende dal Meister; mentre consiste veramente nella forma del giudizio (Rosshirt) e nella qualità del diritto di accusa (Renazzi, Nani, Rosshirt, Heffter, Mittermaier). I Romani non qualificano i reati se non per il modo ond'erano perseguitati in giudizio, senza punto badare alla loro intrinseca natura; per cui la divisione è affatto processuale. D'altra parte la pena dipendeva dall'accusa e dalla qualità del giudizio, dimanierachè la pena di un medesimo maleficio poteva essere diversa secondo l'accusa e il processo.

1. Precisamente chiamavansi crimini publici non già quei reati che offendevano i diritti dello Stato, onde a cagion d' esempio anche l'adulterio era annoverato tra essi; ma quei reati più gravi e più pericolosi per lo Stato che venivano trattati in un *judicium publicum,* cioè in un giudizio tenuto originariamente dal popolo stesso, e poi dai rappresentanti di questo, ovverosia dai giudici

delle questioni perpetue, e all'epoca imperiale dai magistrati, in base ad una *Lex* o ad un senatoconsulto (1). Solo più tardi furono detti crimini publici quei misfatti in cui ognuno del popolo poteva essere accusatore (2); e non ci stupisce che assumessero cotesta significazione dacchè il diritto generale di accusa, *publica accusatio*, era stato uno dei caratteri dei crimini e giudizi publici introdotti mediante una legge (3): carattere che durava tuttavia, mentre invece la importanza dei crimini e giudizi publici nella loro antica significazione era scomparsa. Altri, che secondo l'Hagen, dovrebbero considerarsi come caratteri distintivi dei *crimina publica*, non erano propriamente speciali qualità dei crimini per se stessi, ma del processo publico. Segnatamente: la cognizione solenne, le formalità dell'accusa (p. es. la sottoscrizione) e la pena publica, che s'infliggeva rigorosamente secondo la legge senza ammettere mitigazione, nell'interesse dello Stato e non già in beneficio del privato. — Fu specialmente negli ultimi tempi della Republica, quando la corruzione dei costumi e la decadenza delle antiche istituzioni resero necessaria una completa riforma del diritto punitivo, che i crimini diventarono un obbietto della particolare attenzione dei reggitori dello Stato. Allora publicaronsi parecchie leggi intorno alle specie più importanti di essi: leggi che istituirono dei giudizi permanenti per ciascheduno, e ne regolarono tanto la procedura quanto la misura della pena. Di tal genere sono le leggi Cornelie di Silla, quelle di Pompeo e le leggi Giulie di Cesare e di Ottaviano.

2. Veniamo ai delitti. Questi si trovano quà e là indicati anche col nome di *delicta privata* (4), e distinguevansi dai crimini per più riguardi. Innanzi tutto il processo contro di essi non si fondava su di una *Lex*, ma o nell'Editto, il che accadde es. col furto, o in un plebiscito, come la legge Aquilia. Ancora, l'accusa, salvo nei così detti delitti popolari, cioè in alcuni casi

(1) L. 1. D. de jud. publ. 48. 1; L. 1 § 1 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 2 D. de concuss. 47. 13; L. 3 § 3 D. de praevar. 47. 15.

(2) § 1 I. de publ. judic. 4. 18.

(3) L. 43 § 10. D. de ritu nupt. 23. 1; L. 3. § 3 D. de praevar.

(4) Tit. D. de priv. del. 47. 1; L. 2 § 8. L. 3 § 8. C. de vet. iur. enucl. 1. 17; L. 11 C. de injur. 9. 35.

di generale interesse (5), non poteva essere prodotta da ognuno del popolo, ma solo da colui che si trovava immediatamente offeso, e non mirava che al risarcimento del danno e a procacciare al privato una soddisfazione per l'offesa patita. Per ultimo, la sola autorità competente era il tribunale ordinario del pretore, il quale non infliggeva che pene pecuniarie, e non il popolo o le questioni perpetue. Dal detto emerge chiaramente il carattere intrinseco per cui i delitti privati andavano distinti dai crimini publici; perocchè mentre questi importavano generalmente una certa gravità e un pericolo per lo Stato, i delitti invece non erano mai diretti contro lo Stato, ma o contro il patrimonio o contro l'onore o contro la libertà di singole persone.

3. Col tempo sorgeva un nuovo genere di malefici, conosciuti col nome di *crimina extraordinaria*, e interessa di sapere qual fosse la differenza che li distingueva dai crimini publici. In origine ed anzi per tutta l'epoca republicana non v'ebbero propriamente che crimini publici o legittimi. La cognizione di tutti i crimini spettò in origine al popolo; poi, come avvertii, furono introdotte delle corti permanenti di giurati; nè si decampava da questo ordine se non in casi eccezionali, per riguardo alla disciplina militare, o qualora ci fosse pericolo nel ritardo, o si trattasse di una colpa non contemplata dalla legge. Tutto ciò peraltro doveva mutarsi collo stabilimento della monarchia imperiale. L'imperatore stesso, il senato e il prefetto della città esercitavano una giurisdizione penale straordinaria senza essere legati alle leggi esistenti; e questa nuova amministrazione della giustizia punitiva soppiantò a poco a poco le questioni perpetue, per cui l'antico *ordo judiciorum publicorum* venne totalmente a cessare. Insomma sì il giudice che il processo diventarono straordinari, e con essi anche le antiche pene legali vennero mutate *extra ordinem*, perchè l'imperatore, il prefetto della città ed altri possedevano una maggiore libertà e non erano vincolati alle antiche leggi (6). Giova però avvertire una cosa. Quantunque il giudice, il processo e la pena fossero diventati straordinari, ciononpertanto quei malefici i quali avevano il loro fondamento in una legge antica, o vi erano stati aggiunti poscia da un senato-

(5) L. 1. 2. 3. D. de pop. act. 47. 23; L. 43 § 2. D. de procur. 3. 3.

(6) L. 1 § 3. L. 13. D. de poen. 48. 19.

consulto, continuarono a chiamarsi *crimina publica* o *legitima*. Propriamente non furono detti straordinari se non certi crimini, e non per motivo della nuova giurisdizione, della nuova procedura o della nuova sanzione penale, diverse dall' ordine legale praticato. Lo furono allora, ma perchè per l'addietro o non erano stati risguardati come reati, p. es. lo stellionato, la prevaricazione ecc.(7); o almeno non erano stati puniti che leggermente come malefici privati, e adesso invece dovevano considerarsi come crimini e punirsi con pena criminale, p. es. le singole specie della rapina e del furto, e parecchie del danno recato con ingiustizia e dell' ingiuria: insomma, perchè a differenza dei crimini publici o legittimi, i quali erano riconosciuti come misfatti da una *Lex judiciaria publica*, essi invece erano soggetti ad una investigazione e ad una pena senza che esistesse alcuna legge determinata intorno ad essi (8). Che se anch'essi andavano sottoposti ad una accusa e punizione criminale, queste circostanze non bastavano ancora a formarne dei crimini publici (9).

B. *Il corpo del delitto.*

Questa parola *corpo del delitto* fu adoperata forse per la prima volta dal Farinaccio, *Variae quaestiones et communes opiniones* 1581, per indicare le traccie esterne di un maleficio, anche quando la persona del malfattore era ignota. Essa aveva più ch' altro un' importanza processuale. Al corpo del delitto si contrapponeva l' azione del malfattore. Senonchè la scienza ha oggimai conosciuto il vincolo indissolubile che passa fra l'uno e l'altra, e fatta astrazione dall'origine processuale della parola, considera l'azione del malfattore come una parte del corpo del delitto.

---

(7) L. 1. 2. 3. § 2. D. stellion. 47. 20; L. 1. 2. 3. D. de prevar. 47. 15.

(8). L. 2 § 8. L. 3 § 8 C. de vet. jur. enucl. 1. 17; L. 3 D. ad S. C. Turp. 48, 16.

(9) L. 2 D. abig. 47. 14; L. 3 D. de extr. crim. 47. 11; cf. L. 3. D. de priv. del. 47. 1; L. 94 D. de furt. 47. 2.

Noi pure l'adoperiamo per indicare la somma dei caratteri o elementi del reato, che possono essere essenziali, naturali o accidentali. Soltanto i primi appartengono all'idea e all'esistenza del maleficio: gli altri non influiscono che sulla misura della pena.

Ove si voglia abbracciare d'uno sguardo il corpo del delitto è mestieri prendere le mosse da questa considerazione, che il maleficio è un fatto; e come fatto suppone: un subietto, da cui questo fatto deriva; un obbietto, a cui il fatto si riferisce; un mezzo, per cui il subietto possa operare sull' obbietto. Ma non basta. Il subietto, l' obbietto e il mezzo non costituiscono per anche il vero fatto; anzi non ne sono che le condizioni. Posto che queste esistano, la volontà delittuosa del subietto può dar di piglio al mezzo e incarnarsi per esso nell' obbietto. Finalmente non occorre sempre che il fatto provenga da una persona sola: ma più subietti possono concorrere nel reato, e dovremo considerare da ultimo quali principii valessero in diritto romano intorno alla partecipazione.

---

a. *Il subietto, l'obbietto e i mezzi del reato.*

aa. *Il subietto umano e l' imputabilità.*

G. L. Boehmer, de del. extra territorium admissis Gott. 1748. **Buschleb,** de principiis jur. civ. publ. et gent. circa comprehens. punition. vel remiss. peregrinorum Gott. 1800. **Abegg,** üb. die Bestrafung der im Auslande begangenen Verbrechen Landshut 1819. **Wens,** de delictis a civibus extra civitatem suam commissis Groning 1824. **Heman,** de delictis peregrinor. Groning. 1823. **Siegenbeck,** quid jure crimin. praecipue de pun. fact. leg. civit. vetit. extra territorium admiss. Lugd. 1827. **Cosiman,** de delictis extra civit. fin. admiss. Amsterd. 1829 **Asch v. Wyck,** de del. extra territ. admiss. Traiect. 1839. **C. Sell,** die Recuperatio der Römer Brunsw. 1837 p. 145 seg. — **Cuiacio,** observat. et emendat. XV. 30. **Curtius,** de Senatu p. 27 seg. **Otto,** praef. ad Thesaur. IV. p. 8. **Noodt,** de jure summi imp. in opp. I. p. 147 seg. **Wachendorff,** de principe legibus soluto nella Triade diss. **I. Gothofredus,** Ulpian. in opp. min. ed. Trotz p. 317 seg. **Meister,** de jure quod in delict. person illustr. obtinet. Gott. 1748. **Ayrault,** ordres et formalités des Romains p. 136.— **Gundling,** de univers. delinquente Ala 1730. **Vetmaer,** spec. exhib. doctrin. de imputat. ad delicta universitatis applicat. Leyden 1775. **Malblanc,** obss. quaedam ad delicta universit. Erlang. 1792, e nei suoi opusc. jur. crim. Erlang. 1793. **Haubold,** de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis Lips. 1804 e nei suoi opusc. Lips. 1802 II. p. 604 seg. **Zachariae,** liber quaestion. Viteb. 1805 qu. 10, p. 88 seg. **Sintenis,** de delict. et poen. univers. Servest. 1825. **Savigny,** System des heutig. röm. Rechts II. p. 310-323. **Rein,** p. 168 seg.

Vosmaer, spec. exib. doctrinam de imput. ad delicta univers. applic. Lugd. 1775 e nei collect. di Martin I. **Rosshirt,** Entwickel. p. 189-202. **Wicherlich,** de causis quae tollunt imputationem Leyden 1828. **Luden,** Abhandl. II. 73-91. 202 seg. 535 seg. **Feuerbach,** Lehrb. ed. di Mittermaier p. 145-147. **Rein,** C. R. der Römer 205 seg. **Berner,** Imputationslehre. **Köstlin,** System I. 128 seg. **Geib,** Lehrb. II. — **Hommel,** de temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus Lips. 1755 e nei collect. di Martin I 439-479. **Mochl.** de min. aetate in crim. puniend. Eidelb. 1834. **Engelkens,** de imput. ad poenam propter aetatis defect. Groning. 1834. **v. Ellerneet,** de minore aetate noxiam et poenam vel toll. vel min. Traiect. 1839 p. 37-35. — **Matthaeus,** de crim. p. 23-28. **Heinroth,** Lehrb. der Störungen des Seelenbens Lips. 1818. **Mittermaier,** de alienat. mentis Eidelb. 1825. Il medes. de princ. imputat. alienat. mentis Eidelb. 1838 — **Wächter,** Lehrb. I 224 seg. **Rosshirt,** Entwickel. 70-76. **Elvers,** prakt. Arbeiten I. **Köstlin,** Mord u. Todtschlag I. 161-191.

1. Un maleficio non poteva perpetrarsi che da un subietto umano: ma d'altronde non importava punto che il malfattore fosse libero o schiavo. Anche gli schiavi erano soggetti alla legge penale dei Romani (1); ed anzi nella più parte dei casi erano colpiti da pene più rigorose. Parimenti i peregrini, rei di qualche maleficio, erano rigorosamente puniti; ma contro essi si procedeva per così dire *extra ordinem* sì in Roma e sì nelle provincie, mentre i soli cittadini romani andavano soggetti alle *leges judiciorum publicorum* (2). Un ambasciatore di Stato estero poteva bensì essere subietto di malefici; ma la sua persona era sacra e inviolabile quand'anche avesse commesso un reato. Lo Stato offeso non poteva nè vendicarsi da sè, nè citare quell'ambasciatore davanti i tribunali: ma si limitava a domandare soddisfazione allo Stato che lo aveva inviato (3). Per tal modo un ambasciatore non poteva essere punito che nella sua patria, e non secondo i diritti dello Stato dove aveva commesso il maleficio. Che se occorrono degli esempi contrari, e' non sono che eccezioni alla regola, suggerite parte dalla esasperazione dell'offeso e parte dalle intemperanze della guerra (4).

In quella vece l'imperatore non era punto subietto di delitti,

---

(1) L. 5 D. de accus. 48. 2; L. 12 § 4 D. eod.; L. 2 D. de cust. reor. 48. 3.

(2) L. 1. § 4 D. de off. praef. urb. 1. 12; Polyb. VI. 13; Liv. XXXIX. 41. XL 37; Cic. Brut. 22. Verr. I. 27 seg. II. 28—47; Dio Cass. LII. 43. LVII. 17; Tac. Ann. II. 42. 64. VI. 20.

(3) Liv. II. 4; Dionys. VI. 16; Dio Cass. fragm. 158; Liv. VI. 1; Dio Cass. fragm. 141; Plut. Numa 12 ecc.

(4) Liv. XXV. 7; Tac. Hist. III. 80. 81.

o in altri termini, non v' avea legge penale che lo vincolasse; onde Ulpiano ebbe a dire: *Princeps legibus solutus est* (5), mentre pur era soggetto alle leggi civili al pari di qualunque privato.

Parimenti era impossibile che una persona giuridica commettesse un reato. Lo Stato, il comune, le corporazioni, le fondazioni ecc., non sono certamente cose aeree; ma la personalità che è ascritta ad esse è e resta una mera finzione, perchè la vera personalità non vive che nell'uomo. Il maleficio di una persona giuridica è veramente un maleficio di quelle persone che hanno agito per essa; oltrecchè la volontà fittizia di una persona giuridica non sarebbe capace di sentire la sanzione penale. Se i membri o rappresentanti di essa hanno deliberato di commettere un maleficio, questa deliberazione non può stare a carico se non di quelli che vi hanno veramente aderito; e lo stesso vale della esecuzione. La persona giuridica come tale è affatto estranea alla periferia del diritto punitivo; e mentre può bensi essere offesa perchè possiede delle sostanze, non potrà mai commettere un reato (6).

II. Del resto anche il subietto umano perchè possa risguardarsi come vero subietto di delitti vuol essere capace d'imputazione, e a tal uopo è necessario che abbia la coscienza di se medesimo, la coscienza del mondo esteriore e la coscienza del dovere.

La imputabilità non nasce coll'uomo. Egli non vi arriva che lentamente, di mano in mano che si sviluppa. Nel primo periodo della sua vita egli non è conscio nè di stesso nè del mondo esteriore; e quand'anche comprenda questo mondo in certi suoi fenomeni, non è però da tanto per abbracciarne il nesso causale, e non può quindi prevedere gli effetti delle sue azioni. Solo più tardi egli arriva a quella maturità morale che pur conviene supporre perchè possa dirsi responsabile di un maleficio.

Perciò, come per gli affari civili, così e per la responsabilità penale le leggi romane divisero l'età in periodi. Durante quello dell' infanzia, che si chiude coi sette anni, non è ammessa alcuna responsabilità dinanzi alla legge dello Stato (7). Il fanciullo in

(5) L. 31 D. de leg. 1. 3; cf. L. 3 C. de test. 6. 23.
(6) L. 15 § 1 D. de dolo 4, 3; Nov. Maior. tit. 7.
(7) L. 5 § 2. D. ad leg. Aquil. 9. 2; L. 12 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 23 D. de furt. 47. 2.

quella età non può agire con discernimento: non può avere nè una giusta idea del diritto, nè una volontà criminosa, ed è quindi rimesso alla correzione domestica. *Infantem innocentia consilii tuetur.* La responsabilità dinanzi alla legge penale comincia propriamente colla impubertà; ma, affrettiamoci di aggiungere, purchè l'impubere sia capace di dolo, circostanza che vuol essere investigata secondo la qualità dei singoli malefici, e spetta al giudice il deciderne (8). Diversamente i minori sono responsabili di ogni sorta di reati, e solo per ispeciali circostanze può talvolta il riguardo della età, *miseratio aetatis*, indurre il giudice a mitigare la pena (9), trattandosi di delitti colposi (10). Finalmente la vecchiaia non bastava da sola a togliere o diminuire la responsabilità: ma pel senatoconsulto Silaniano era nondimeno ammessa una eccezione (11).

Del resto l'uomo che raggiunse l'età del pieno e libero arbitrio può nondimeno grazie a certe cause sopravvenienti essere impedito o turbato nell'esercizio delle facoltà mentali sì da parere o inetto del tutto, o assai tardo, o poco idoneo all'intendere al volere e all'operare umano. Questa condizione, indicata generalmente col nome di furore, toglieva affatto la imputabilità (12), salvo nei lucidi intervalli (13). Infatti qual colpa poteva esservi in lui se non era sano di mente (14)? e non era egli abbastanza punito grazie al suo stesso furore, e non lo scusava la infelicità del suo fato (15)?

---

(8) L. 108 D. de R. I. 50. 17; L. 7 C. de poen. 19. 47.—L. 23 D. de furt. 47. 2; L. 2 § 19 D. vi bon. rapt. 47. 8; L. 3 § 1. D. de inj. 47. 10; L. 111 D. de R. I. 50. 17 ecc.

(9) L. 37 § 1. D. de minor. 4. 4; L. 9 § 2 D. eod.; L. 13. 36. 38. D. ad leg. Jul. adult. 48. 5; L. 1. C. si adv. delict. 2.35.

(10) L. 9 § 5. D. de min.; L. 1 C. si adv. delict.

(11) L. 3 § 7 D. de S. C. Silan. 29. 5.

(12) L. 12 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 9 § 2 D. ad leg. Pomp. de parric. 48. 9; L. 7 § 3 D. ad leg. Iul. mai. 48. 4; L. 3 § 1 D. de inj. 47. 10; L. 3. § 11 D. de S. C. Silan. 29. 5.

(13) L. 14. D. de off. praes. 1. 18; L. 6 C. de cur. fur. 5. 70; L. 9 C. qui test. 6. 22; L. 2 C. de contr. emt. 4. 38.

(14) L. 5 § 2 D. ad leg. Aquil.

(15). L. 12 D. ad leg. Corn. de sic.; L. 9 § 2 D. ad leg. Pomp. de par.; L. 14 D. de off. praes.

Poteva però darsi che un forte turbamento dei sensi, come l'ira, l'amore o l'ubbriachezza (16), privasse parzialmente e momentaneamente alcuno dell'uso della ragione. Quest' uomo, il quale non ha una chiara idea delle proprie azioni, sarà egli affatto immune da imputabilità penale al pari del furioso, che n' è assolutamente inconscio, o la perturbazione dell'animo gli varrà almeno come una circostanza mitigante? Tutti sappiamo, come nell'antica Roma il marito che trascinato da un impeto irresistibile avesse uccisa la moglie colta in adulterio, fosse immune da pena: ma questo non era che un caso eccezionale, e anche esso fu tolto poi dalla *Lex Julia*. Generalmente la perturbazione dell'animo non escludeva punto la responsabilità: anzi non si faceva alcuna differenza tra essa e la deliberata intenzione di commettere il male, cioè il dolo; nè poteva farsi, perchè i giudici delle questioni perpetue non avevano altra alternativa fuor questa del dolo e del caso (17). Tutto ciò peraltro doveva mutarsi. Introdotta la teoria della colpa, era naturale che le azioni commesse nell' impeto dell'animo fossero presto o tardi ascritte non più al dolo ma ad essa, e quindi assoggettate a un trattamento più mite. Che se il nuovo principio non potè farsi strada nei vecchi giudizi, lo troviamo invece nella pratica più libera delle cognizioni straordinarie, dalle quali passò nel diritto positivo raccomandato a più riprese dagli imperatori (18).

---

bb. *L'obbietto.*

Gravere, an iniuria volenti facta poenis sit coercenda Groning. 1825. **Hepp,** üb. den Rechtssatz volenti non fitinjuria (N. Arch. C. R. XI p. 65-100. 239-294.) **Luden,** Abhandl. II. p. 412-467. **Köstlin,** System p. 104 seg. — **Abegg,** Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft Bresl. 1830 p. 186-208. — **Püttmann,** de moderatione inculpatae tutelae ad orat. Cic. pro Milone (Opusc. iur. crim. p. 113-152). **V. d. Maesen,** de iusta sui defensione cum caede agress. Ultrai. 1807. **Bang,** de mo-

(16) Cic. de inv. 2. 5.

(17) Cic. orat. part. 12.

(18) L. 16 § 8. D. de poen. 48. 19; L. 1 § 3. 5 D. ad leg. Corn. de sic.; L. 38 § 8 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5; L. 4 C. eod. 9. 9. — L. 6 § 7. D. de re milit. 49. 16; L. 12 pr. D. de cust. reor. 48. 3; L. 1 C. si quis imperat. 9. 7.

deramine inculpatae tutelae Havn. 1819. **Smet**, de legit. sui defensione Lovan. 1824. **Wächter**, Lehrb. I. p. 83-92. **Rosshirt**, Entwickel. p. 201 seg **Abegg**, Untersuchungen p. 107-121. 180-186. **Luden**, Abhandl. II. p. 475-499 **Berner**, de impunitate propter summam necessitatem proposita. Berl. 1861. — **Rein**, p. 136-150.

L'obbietto vuol essere innanzi tutto fisicamente adatto pel maleficio che si vuol commettere. Se assolutamente nol fosse, non vi sarebbe neppur maleficio: e se taluno, ignorando questa sua assoluta inettitudine, si facesse ad eseguire la sua prava intenzione su di esso, vi sarebbe un delitto putativo, che per diritto romano non poteva venir punito.

Ancora, era necessario il carattere giuridico dell' obbietto. Gli obbietti impersonali erano per sè stessi privi di diritto; e quindi il subietto personale poteva prenderne possesso e usarli e persino distruggerli. Perchè un atto commesso da un individuo imputabile contro un obbietto impersonale si potesse risguardare come un delitto. non bastava che questo obbietto fosse adatto fisicamente, ma doveva eziandio avere un carattere giuridico, ovverosia aver assunta una importanza personale derivatagli da una vera persona. Questa metamorfosi etica dell' obbietto si verifica, come avverte il Berner (1), in quanto vi penetri una volontà, sia di un singolo individuo o dello Stato, che sola può imprimere ad esso il marchio del diritto. La volontà, il diritto, è il vero obbietto del maleficio; e precisamente: sì il diritto generale, perchè il reato offende innanzi tutto il diritto come diritto, offende la volontà generale espressa nella legge; e sì il diritto speciale, perchè il diritto non è mai colpito immediatamente che dentro certi limiti della quantità e qualità. Insomma un fatto che non fosse contrario al diritto non sarebbe maleficio; onde Gaio ebbe a dire: *nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur* (2), e Paolo: *nemo damnum fecit nisi qui id facit quod facere jus non habet* (3).

Che se un obbietto non diventa obbietto di maleficio, che in quanto riceva un carattere giuridico, cioè in quanto la volontà vi ponga sua stanza, quinci ne segue che dal momento in cui il diritto e la volontà vengono nuovamente tolti all' ob-

(1) Berner, Lehrb. des deutschen Strafr. 3 ed. Lips. 1866.

(2) L. 55 D. de R. I. 50. 17.

(3) L. 151 D. eod.

bietto, la lesione di esso non è più un maleficio. E come il diritto può venir fondato o per la volontà di un singolo individuo o per quella dello Stato; non altrimenti e' può venir tolto per la volontà dell' uno o dell' altro. Oltrecciò è possibile che cessi, ma solo relativamente, grazie alla necessaria difesa o ad una forza maggiore. Noi consideriamo più particolarmente questi vari modi onde il diritto può esser tolto.

1. È anzitutto la rinuncia. Un atto, il quale per se medesimo è contrario al diritto perde questo suo carattere dal momento che la parte lesa vi ha rinunciato; il qual principio può esprimersi brevemente così: *volenti non fit injuria* (4): ma giova avvertire che siffatto principio non ebbe generale validità presso i Romani. Anzi eglino non conoscevano punto una regola che ne stabilisse il limite, e dovevano in ogni singolo caso ricorrere alla legge per vedere se il consenso dell'offeso avesse o no influenza. Tanto possiamo dire generalmente, che il consenso della parte non influiva punto su quei reati che lo Stato aveva assolutamente proibito e dichiarato punibili con una *Lex*, perchè la legge dello Stato doveva essere superiore alla volontà dei singoli cittadini (5). Per tal modo l'appiccato incendio, l'usura, l'adulterio, la bigamia (6), eccezionalmente anche qualche caso dell' ingiuria, erano sempre colpiti da pena non ostante il consenso della parte offesa. Anche il padre che avesse mutilato il figliuolo nello scopo di renderlo inabile alla milizia, incorreva nella sanzione penale senza riguardo al consenso del figlio mutilato (7); nè altrimenti l'evirazione e il procurato aborto erano sempre soggetti a pena, sia che la parte vi avesse o no acconsentito (8). D'altronde v'aveano pur sempre dei malefici nei quali il consenso era di grandissima importanza. Tali erano sopratutto quelli che non venivano puniti se non dietro domanda dell'offeso stesso, come il furto e l'ingiuria; ma si potrebbero notare anche

(4) L. 1 § 5. D. de injur. 47. 10; L. 145 D. eod.; L. 203 D. de R. I. 50. 17.

(5) L. 6 C. de pact. 2. 3; L. 38 D. eod. 2. 14.

(6) L. 2 § 4. 5. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(7) L. 4 § 12. L. 6 § 7. D. de mil. 49. 16.

(8) L. 4 § 2. L. 8. D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 39. L. 38 § 5. D. de poen. 48. 19.

alcuni crimini publici, come lo stupro, il ratto e il plagio, che non erano assolutamente possibili quando il paziente vi acconsentiva.

2. Poteva anche darsi che la legge stessa o lo Stato avessero privato il paziente dei suoi diritti d'uomo o di cittadino, per motivi politici o religiosi; e la lesione in questa ipotesi non solo non era riguardata come reato, ma pareva anzi opera meritoria il liberare la patria da quest'uomo. Tale era l'uomo *sacer*, l'uomo il cui capo era sacrato agli Dei, che poteva essere ucciso impunemente da chichessia: che se la pena della *sacratio capitis* cessò col tempo colla cessazione del principio teocratico del diritto punitivo, continuò cionondimeno il diritto del cittadino romano di togliere la vita, come ad uomo sacro, a colui che agognava l'impero o altrimenti poteva riuscire pericoloso per la patria (9). Parimenti l'uomo che era stato colpito dalla interdizione dell'acqua e del fuoco era privo di diritti e ognuno poteva ucciderlo impunemente (10): senonchè questa pena assunse sempre più il carattere di un bando; e sebbene l'antica legge non sia stata punto abolita, nondimeno è presumibile che verso la fine della Republica nessuno pensasse più a togliere la vita a un interdetto. Ancora, i *transfugae* e *desertores* vennero considerati come nemici dello Stato e potevano uccidersi da chiunque (11); non altrimenti dei *proscripti*, i quali si annoveravano pure tra i nemici dello Stato ed erano eslege, di maniera che nessuno poteva ricettarli presso di sè (12), e i loro uccisori ottenevano persino delle ricompense (13).

3. In fine una lesione giuridica può essere cagionata anche dalla necessaria difesa o da forza maggiore, e nell'un caso e nell'altro perde quel carattere criminoso che avrebbe senza il concorso di queste circostanze. La necessaria difesa, conosciuta sotto il nome di *inculpatae tutelae moderatio*, era ammessa fino da an-

---

(9) Liv. 4, 12 seg.; Cic. pro Mil. 3; Phil. 2, 9. 11 seg; pro Mil. 37. 38; Quinct. 5, 14. 22; App. b. c. 3, 34.

(10) Dio Cassius 38, 17; Quinct. decl. 351.

(11) L. 3 § 6. D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 1. 2. C. quando liceat 3. 27.

(12) Cic. Verr. 1. 47; Plut. Sulla 31.

(13) Plut. loc. cit.; App. b. c. 1. 95.

tichissimi tempi nel caso in cui l'offeso non potesse ricorrere efficacemente al braccio della giustizia o mantenere in altro modo il suo diritto. Essa per altro supponeva più cose. E anzitutto che si trattasse di una vera violenza (14), e di una violenza presente (15) e ingiusta. Ancora, l'impiego del mezzo adoperato contro l'aggressore doveva essere tale e tanto quale e quanto fosse necessario per respingere l'ingiusto attacco (16): ma d'altra parte era lecito uccidere un assassino o grassatore a motivo della gravità del pericolo a cui era esposta la vita (17), e il ladro che si difendeva colle armi (18). Osservo però che la necessaria difesa non era punto limitata al corpo e alla vita (19). Essa si estendeva eziandio alla salute e all'onestà (20), e alle sostanze (21), insomma a tutti gli oggetti di diritto suscettibili di materiale difesa: a quelli cioè che ammettono l'uso istantaneo della forza contro la forza; e non solo quando si trattava di respingere l'ingiusto attacco da sè, perchè era ammessa anche in difesa di terze persone, purchè il difensore fosse legato verso esse dal vincolo della pietà od obbedienza (22). — Parimenti, trattandosi di una forza maggiore, *magna vi cogente*, l'uomo che ledeva gli altrui diritti non era reo, purchè non avesse altra via per mantenersi in possesso dei propri: onde p. es. in caso di burrasca potevano gettarsi sopra bordo le altrui merci per salvare la nave dal naufragio (23), o tagliare la gomena dell'àncora di un'altra nave *si nullo alio modo (nautae) explicare se potuissent* (24), e

(14) L. 7 D. ad leg. Iul. vi priv. 48. 7; L. 45 § 4. D. ad leg. Aquil. 9. 2; L. 1. C. quando liceat 3. 27.

(15) L. 3 § 9 D. de vi 43. 16; L. 5 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 1 C. quando liceat 3. 27.

(16) L. 9 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 5 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2; Paul. Coll. V. 23, 9. VII. 2; Ulp. Coll. VII. 3.

(17) L. 2. 3. 4. C. ad leg. Corn. de sic. 9. 16; L. 4 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2.

(18) L. 4 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2.

(19) L. 2. 3. 4. C. ad leg. Corn. de sic. 9. 16; L. 9 D. eod. 48. 8; L. 4 pr. L. 5 pr. D. ad. leg. Aq. 9. 2.

(20) L. 1 D. de i. et i. 1. 1; L. 1 § 4 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8.

(21) L. 9 D. ad leg. Corn. de sic.; L. 4 § 1. D. ad leg. Aq. 9 2.

(22) L. 1 § 4 D. ad leg. Corn. de sic.; Cic. de inv. 2, 22.

(23) L. 14 pr. D. de praescr. verb. 19. 5.

(24) L. 29 § 3 D. ad leg. Aq. 9. 2.

nel caso di un incendio poteva abbattersi la casa del vicino per isolare il fuoco e salvare la propria (25).

In tutti questi casi l'obbietto non può essere risguardato come elemento di reato, perchè la parte lesa ha perduto il suo diritto.

---

cc. *I mezzi.*

Il subietto non può operare sull'obbietto che con un mezzo: anche questo è un carattere essenziale del maleficio; e per mezzo intendiamo pure ún obbietto, ma un tale obbietto che sta già dalla parte del subietto agente, ed è formato secondo gli intendimenti di lui, e da lui dev' essere adoperato contro un altro obbietto.

La volontà, osserva il Berner, è qualche cosa di soprasensivo. Ove pur voglia attuarsi nel mondo dei sensi, deve esistere un ponte che renda possibile il passaggio da un mondo all'altro: la volontà deve avere uno stromento originario; e tale è il corpo umano, il quale ci si presenta come un complesso di mezzi obbedienti per la massima parte alla volontà. E quando l' uomo ha preso possesso del corpo, come del primo organo innato della volontà, e lo ha costretto all'obbedienza, egli procede a procacciarsi degli stromenti che giaciono fuori di lui. Egli penetra nel mondo esteriore, si assoggetta gli oggetti, vi depone i suoi intendimenti e ne fa con ciò altrettanti organi della sua volontà.

La conoscenza dei mezzi che si adoprano è importante per più riguardi. Prima di tutto, per la prova del maleficio; perchè nel mezzo prescelto sta già tracciato l' intendimento del subietto. Oltrecciò, per la misura della punibilità dell'autore; perchè la scelta di uno stromento più efficace e pericoloso palesa eziandio una maggiore risolutezza o un grado più pericoloso nella volontà. Finalmente, pel corpo del delitto; e a tal riguardo si distin-

---

(25) L. 3 § 7 D. de inc. 47. 9; L. 49 § 1. D. ad leg. Aq.; L. 7. § 4 D. quod vi aut clam 43. 24.

guono i mezzi adatti dagli inadatti, che alla lor volta possono essere inadatti in modo assoluto o solo in concreto.

---

b. *L'azione criminosa.*

aa. *L'azione e l'imputazione.*

Berner, Grundlinien der criminal. Imputationslehre. Berl. 1843. **Börner** Willensfreiheit Zurechnung u. Strafe Freib. 1857. — **Matthaeus**, de crimin. proleg. c. 4, p. 43 seg. **Winckler**, de crimine omissionis, Lips. 1776. **Spangerberg**, üb. Unterlassungsverbrechen u. deren Strafbarkeit (Arch. des C. R. IV, p. 527-555). **Luden** Abhandl. II, p. 219-259. **Rein**, Criminalrecht der Römer p. 122 seg. **Köstlin**, System p. 211 seg. — **Donellus**, comm. de i. c. I. 17-23. **Rosshirt**, nell'Arch. d C R. IX, 491-523. **Birnbaum**, parimenti nell'Arch. XI, 101-142. **Heffter**, die Lehre v. ignorantia u. error. (Arch. XII, 131-151, 253-289). **Savigny**, System III, 325-373. **Geib**, üb. den Einfluss des Irrthums in Bezug auf das Obiect im Strafrechte (Arch. d. C. R., Nuova Serie 1837, p. 575-586) **Rein**, C. R. der Römer p 217 seg. **Köstlin**, System p. 158 seg.

Noi supponiamo che il subietto abbia trovato il mezzo con cui operare sull'obbietto. Egli pone la sua volontà nel mezzo e gli dà un' anima: il mezzo animato dalla volontà comincia a muoversi verso l'obbietto, e grazie a questo movimento la volontà si traduce in atto: il movimento stesso della volontà nel campo del mondo esteriore è ciò che diciamo l'azione, a differenza del fatto che è solamente il resultato obbiettivo di questo movimento.

E nell' idea dell' azione è contenuta a un tempo quella dell' imputazione. Imputare dinota veramente mettere un fatto a carico di una volontà, considerarlo come il resultato di un'azione, dimostrare che è accaduto in forza della volontà (1). Quindi quanto si estende l'idea dell'azione, altrettanto si estende anche quella dell' imputazione; e dove cessa la prima cessa eziandio la seconda.

Nè importa che il fatto sia positivo o negativo. Colui il quale non fa ciò che ha l'obbligo di fare è responsabile non altrimenti di colui che fa ciò che non deve fare. Anche nei fatti negativi c' è una volontà e un resultato esteriore di cotesta volontà, sebbene l'uno e l'altro si manifestino negativamente. Il non volere ciò che è ordinato è anche una volontà; il non fare ciò che è

(1) Berner, Imputationslehre p. 39 seg.

ordinato è anche un fatto; e se questo si verifica in forza di quella volontà negativa, abbiamo pure una relazione tra la volontà e il fatto, e quindi un' azione. V' hanno dunque dei reati di ommissione, e il diritto romano ne conosce parecchi. Osserva Paolo: *necare videtur non solum is qui partum perfocat sed et is qui alimonia denegat* (2). Anche colui, che dovendo e potendo impedire un maleficio non lo impediva, era reo, e voleva essere punito (3), ad eccezione del padre e del coniuge (4). Parimenti era punito il soldato che non correva in aiuto del suo uffiziale (5), e lo schiavo che non assisteva il padrone mentre versàva in pericolo di vita (6). Ancora, la legge imponeva l'obbligo a chiunque di denunciare all'autorità certi reati di cui avesse conoscenza (7); ma fuori di questi casi eccezionali valeva generalmente il principio: *invitus agere vel accusare nemo cogatur* (8).

Del resto il principio della imputazione penale non fu ammesso fin dalle prime in Roma in tutta la sua estensione. Il diritto punitivo dell'antica Roma badava più presto al fatto esterno che non alla intenzione che s' incarnava in esso. Nondimeno sarebbe errore il credere che alla intenzione non si avesse punto riguardo e l'elemento obbiettivo tenesse esclusivamente il campo.

Egli è vero bensì che trattandosi di malefici, i quali parevano toccare più presto l'individuo che non l'universale, non si aveva riguardo che all'evento, perchè il danno dell'individuo voleva essere risarcito quand'anche il reo non avesse avuto l'intenzione di cagionarlo (9); nè altrimenti si badava solo all' evento nei reati incompiuti, i quali, come vedremo, non si punivano punto. D'altra parte il reato consumato che fosse pericoloso allo Stato non era obbietto di pena che qualora fosse imputabile all'agente,

(2) L. 4 D. de agn. et al. liberis 25. 3.

(3) L. 44 § 1. L. 45 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 2. 3. 4. D. de nox. act. 9. 4; L. 4 C. eod. 3. 41; L. 1. § 1. D. si fam. furt. 47. 6; L. 50. 109 D. de R. I. 50. 17; L. 9 § 1 D. ad leg. Corn. de fals. 48 10.

(4) L. 2 C. ne uxor pro mar. 4. 12.

(5) L. 6 § 8. 9 D. de re mil. 49. 16.

(6) L. 1 pr. § 18 D. de S. C. Silan 29. 5.

(7) L. 6. § 7 C. ad leg. jul. maiest. 9. 8; L. 1 C. de falsa mon. 9. 24.

(8) L. un. C. ut nemo invit. 3. 7; L. 49 § 1. D. de furt. 47. 2.

(9) Gell. 20, 1; Serv. ad Virg. Ecl. 4, 43. Georg. 3, 387; Cic. Top. 17.

onde l'omicidio p. es. non andava punito con pena publica che qualora fosse stato commesso con prava intenzione (10).

Intanto ciò che valse dapprima dei soli reati compiuti che importavano un pericolo per lo Stato, veniva allargato col tempo anche ad altri di mano in mano che l'elemento politico si andò svolgendo nel diritto. Tale è appunto il principio a cui s' inspira il sistema delle leggi Cornelie; per cui lo Stato punì oggimai nell' interesse publico non solo l'evento esterno, ma ogni fatto suggerito da una prava intenzione, quand'anche non avesse avuto l'effetto dannoso che era negli intendimenti del malfattore: anzi il fatto per se medesimo non fu considerato che come prova della perversa intenzione ond'era il riflesso, e si voleva punita piuttosto cotesta pravità che non il fatto, persino nel caso che fosse mancata una parte dell'effetto.

Insomma: a differenza dell'antico diritto, il momento subiettivo tiene oggimai il campo; onde trovo nelle leggi che *in maleficiis voluntas spectatur non exitus* (11), od anche: *maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguunt* (12), e altrove: *consilium uniuscuiusque non factum puniendum est* (13). Dall'altro canto ogni maleficio supponeva sempre un atto esterno rivolto contro il diritto, mentre la sola intenzione la quale non si era per anche tradotta in atto, era sempre immune da pena (14).

Così anche il diritto romano riconobbe l'azione o l'imputazione come necessarie a costituire il maleficio; o per dirla in altri termini, ci doveva essere una volontà, un fatto e una corrispondenza di ambendue. Che se questi tre elementi debbono concorrere perchè vi possa avere azione od imputazione, parrà naturale che mancando uno o l'altro di essi, l'azione o imputazione manchi ugualmente.

L'imputazione può mancare perchè manca la volontà. Un fatto lesivo degli altrui diritti non può essere imputato al subietto allorquando abbia una cagione che gli è affatto esterna ed estranea,

(10) Paul. Diac. v. parricidii quaestores p. 221 ed. Müller.

(11) L. 7. 14 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8.

(12) L. 55 D. de furt. 47. 2.

(13) Paul. V. 23. 3; v. anche L. 1. § 3 D. ad leg. Corn. de sic.; L. 7. § 3 D. ad leg. Iul. mai. 48. 4.

(14) L. 18 D. de poenis 48. 19; Gell. 7, 3.

in relazione a cui egli non possa risguardarsi come un subietto che si determini da se medesimo, ma solo come un mezzo passivo. Tale è il caso quando una violenza *assoluta*, sia che parta dalla natura o da un uomo, forzando la parte corporea dell'agente lo fa operare mediante forze meccaniche, fisiche od organiche, come un semplice oggetto della natura. D'altronde si suppone ch'egli non debba ascrivere a sua colpa di essersi esposto all'azione di questa violenza (15).

Parimenti manca l'imputazione se manca il fatto. Il subietto può aver voluto il delitto; ma finchè si limita al volere, e questa sua volontà non si manifesta nel mondo esteriore, egli è immune da pena. *Cogitationis poenam nemo patitur* (16). La potestà publica non punisce che il male il quale s'è incarnato nel fatto.

Finalmente può darsi che esista la volontà ed esista il fatto, ma l'una non corrisponda all'altra, e manchi così ogni relazione tra essi: tale è il caso coll'ignoranza e coll'errore, e anche in questa ipotesi manca l'imputazione.

La ignoranza e l'errore, sebbene sieno due stati dell'animo assai distinti fra loro se si considerano filosoficamente, pure, considerati negli effetti relativamente alla imputazione delle umane azioni si trovano concordare insieme così che quanto si dice dell'una vuol essere similmente applicato all'altro. Ma ogni errore ha ugualmente la stessa efficacia? Noi distinguiamo la ignoranza e l'errore di diritto dalla ignoranza e dall'errore di fatto.

Quant'è all'ignoranza e all'errore di diritto, le leggi romane stabiliscono generalmente il principio che nuocano sempre (17): perocchè il diritto si riguardasse come qualche cosa di vivente nel popolo, in certa guisa come una parte della sua morale; e chi non sapeva ciò ch'era noto a tutti, non aveva che ad incolpare se medesimo se incorreva in qualche pena. Nondimeno fu ritenuto in alcuni casi che l'ignoranza o l'errore di diritto possa veramente discolpare il fatto: ma questi son casi eccezionali, in cui sarebbe stata necessaria una cultura giuridica non comune per conoscere la legge, e nondimeno mancò al reo l'oc-

(15) L. 11 pr. D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 7 § 2. L. 8. § 1 D. eod.

(16) L. 18 D. de poenis 48. 19; Gell. 7, 3.

(17) L. 9 pr. D. de jur. et fact. ign. 22. 6; L. 1 § 4. D. de his qui not. inf. 3. 2; L. 16 § 5. D. de public. 16. 4.

casione d' istruirsene (18); o casi in cui la sanzione penale non venne introdotta che da leggi affatto speciali, e l'atto colpito da essa non era anche vietato dal diritto vigente presso tutti i popoli (19). Ad ogni modo la discolpa non era accordata anche in questi casi che alle donne (20), ai minori (21), ai rustici, come si chiamavano generalmente le persone semplici e rozze (22), ed ai soldati (23). Laddove i Romani vogliono ascrivere una influenza all'errore di diritto, sogliono farne espressa osservazione, massimamente nelle nuove leggi (24), o anche viceversa negargli affatto ogni efficacia (25).

Invece un errore scusabile di fatto, escludendo la volontà di delinquere, toglie generalmente l'imputazione in tutti quei malefici che non possono commettersi che con dolo. Per tal modo: chi ignora il vincolo della parentela non commette incesto (26); chi non sa di comperare un uomo libero non commette plagio (27); e via discorrendo. V' erano però oltre a questi reati nei quali si esigeva il *sciens dolo malo*, anche altri casi dell'errore in cui era tolta sempre la responsabilità penale: onde p. es. il senatore, che conduceva in moglie una liberta senza conoscerne la condizione, andava immune da pena (28): similmente chi versando in un errore di fatto sposava una donna prima che fosse spirato l'anno della vedovanza, non incorreva nell'infamia (29);

---

(18) L. 9 § 3. D. de jur. et facti ign. 22. 6.

(19) L. 38. § 2. 4. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(20) L. 9 pr. D. de jur. et facti ign.; L. 15 § 4. 5 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 4 pr. L. 1. § 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 38 § 2. 3. 4. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(21) L. 9 § 2 seg. L. 37 § 1 D. de min. 4. 4; L. 1 § 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 38 § 4. 7 D. ad leg. Iul. de adult.; L. 4 C. de incest. nup. 5. 5.

(22) L. 3 § 22 D. ad S. C. Silan. 29. 5; L. 7 § 4 D. de jurisdict. 2. 1.

(23) L. 1 § 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(24) p. e. L. 22 D. de S. C. Silan. 29. 5.

(25) L. 15 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10.

(26) L. 4 C. de incest. nupt.

(27) L. 1 D. ad leg. Fab. de plag. 48. 15; L. 15 C. eod. 9. 20.

(28) L. 44. D. de ritu nupt 23. 2.

(29) L. 11 § 4. D. de his qui not. 3. 2.

nè chi rubava o rapiva una cosa che erroneamente credeva sua, commetteva punto un furto o una rapina (30).

---

bb. *Le forme dell' imputazione.*

α. Il dolo e la colpa.

Klein, üb. den Unterschied zwischen dolus u. culpa (Arch. d. C. R. I. 56 seg. II, 179 seg. III, 119 seg.). **Grolman**, üb. den Begriff v. dolus u. culpa (nella sua Biblioth. I, 1 seg. 71 seg.). **Feuerbach**, Betrachtungen üb. dolus u. culpa (Biblioth. di Grolman II, 193 seg.). **Rosendael**, de dolo in delictis Leyden 1817. **Mittermaier**, die verschiedenen Bedeutungen von dolus u. culpa im. R. R. u. Carol. (N. A. d. C. R. II, p. 515-533). **Weber**, die verschiedenen Arten des dolus (N. Arch. des C. R. VIII p. 559-580). **Rosshirt**, Bemerk. zur Lehre von dolus (N. Arch. des C. R. VIII, 369-395), e nella sua Entwickelung p. 146 seg. **Michelet**, de doli et culpae in iure crim. notion. Berl. 1824. **Anethan**, de meditato delicto Lovan. 1824. **Winssinger**, quaenam sit differentia inter del. dol. et culp. — et an Romani unquam et quo tempore in del. culp. poenam publ. statuerint. Brussel. 1824 **Bosch-Kemper**, de indole iur. crim. ap. Rom. p. 126-143. **Feuerbach**, Lehrb. p. 90-107. **Stöckhardt**, üb. den Untersch. des dol. civil. u. dol. crim. (Themis di Elvers II. p. 265 seg.). **Luden**. Abandl. II. 500-573. **Rein**, C. R. der Römer 150 seg. **Berner**, die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen u. die neueren Controversen üb. dolus u. culpa Berl. 1847 p. 66. 67. Il medes. Imputationslehre p. 179. **Krug**, üb dolus u. culpa 1854. **Köstlin**, System I p. 158 seg. **Herrmann** nell'Arch. des Crimlnalr. N. S. 1856 p. 1 seg. **Osenbrüggen**, Abhandlungen aus dem d. Strafrecht I 1857 p. 1 seg.— **Hasse**, die culpa des R. R. Kiel 1815. **Heusler**, de ratione in puniendis delict. culpa commissis ap. Romanos Tob. 1826. **Gärtner**, finium culpae in iure crim. regund. prolus. Berl 1836. **Gesterding** Ausbeute Greifsw 1837 VI. 1. p. 203-231. **Luden**, Abhandl. II p. 288-231. — **Ziegler**, quaest. ad ius Rom. pertin. Lipsia 1837 p. 43-66. **Wächter** nel civil. Arch. XV 98 seg.

Già dissi che un' azione suppone sempre un fatto, una volontà e una relazione fra l'uno e l'altra. Se il fatto corrisponde alla volontà, l'azione è dolosa; se non vi corrisponde, può nondimeno avervi tra l'uno e l'altra una relazione di colpa, per non essere stata osservata la debita attenzione e prudenza: allora l'azione dicesi colposa. Per tal modo il dolo e la colpa formano due gradi dell' azione considerata subiettivamente. Perchè un fatto possa essere imputato alla volontà, e possa portare l' impronta della subiettività vi dev' essere sempre o dolo o colpa.

1. Dev' esservi un dolo: ovverosia il malfattore deve avere agito colla intenzione deliberata di produrre quella data lesione,

(30) L. 36. § 1. L. 37 pr. D. de usurp. 41 3; L. 25. § 6. D. de hered. petit. 5. 3; § 1 I. vi bonor. raptor. 4. 2.

sapendo che era un male (1). A ben guardare, il dolo contiene tre diversi elementi. È necessario che la volontà con sufficiente energia, cioè con un proponimento più o meno fermo abbracci il mondo esteriore, coll' intenzione di conseguire un effetto criminoso, il quale deve soddisfare un suo bisogno che è il fine a cui mira. Il proponimento indica adunque il maggiore o minor grado di energia della volontà delittuosa che può maturarsi tranquillamente e ponderatamente nell' animo o sorgere di repente in seguito a un violento affetto. E già i Romani ebbero a distinguere la premeditazione dall' impeto (2), distinzione che è importante non solo per la misurazione della pena, ma nei reati di uccisione, anche pel corpo del delitto. L' intenzione, che è il secondo elemento onde risulta il dolo, può essere diretta a conseguire l'effetto in modo assoluto o condizionato ovverosia eventuale, e anche il dolo, a seconda dei diversi casi, sarà determinato o indeterminato. L' intenzione s'incarna nell'evento: si scioglie così per intero dall' interno del subietto, assumendo il carattere della generalità; e perchè in tutta la sua estensione si appalesa in segni esterni, così può venir provata esteriormente. Essa è importante per la valutazione giuridica del maleficio. Lo scopo finalmente sta nell' appagamento proprio che il subietto vuol cavare dal fatto. A differenza della intenzione esso è affatto interno, affatto individuale ed invisibile; e mentre l' intenzione è importante per l'apprezzamento giuridico, lo scopo è importante per l' apprezzamento morale. Il diritto si occupa della volontà manifestatasi esteriormente; la morale bada ai più intimi moventi dell'agire. — Del resto non era punto necessario, salvo in qualche caso eccezionale (3), che l'agente avesse conoscenza del divieto della legge.

2. Veniamo alla colpa. Vi è colpa quando in forza di un errore, che si avrebbe potuto evitare siasi verificato un evento lesivo degli altrui diritti senza averne la intenzione. Quando di-

(1) Cic. pro Tullio 10. cf. 13. 14; Paul. V. 25. 1; L. 9 § 3. D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 1. 3 pr. L. 6 § 2 D. ad leg. Fab. de plag. 48. 15; L. 2. 3. D. ad leg. Iul. mai. 48. 4; L. 1. D. de incend. 47. 9. ec.

(2) L. 11 D. de poenis; L. 38 § 8 D. ad leg. Iul. de adult.

(3) L. 3 § 2°. D. de S. C. Silan. 29. 5.

ciamo errore evitabile intendiamo la possibilità di cansare l'errore usando quell'attenzione e diligenza che si richiede nel consorzio civile. Chi usando questa diligenza poteva prevedere ed evitare il male e non l'ha fatto, è in colpa (4). Quella specie di essa che più si avvicina al dolo indeterminato o eventuale che voglia dirsi, è la negligenza in cui il subietto è conscio della possibilità del male, ma non vi presta attenzione: i Romani la dicevano *luxuria* o *lascivia* (5). Invece ha nome di imprevidenza, se il subietto non ha per vero dire questa coscienza della possibilità della lesione, ma colla debita attenzione poteva averla. In ambi i casi egli versa in un errore colposo: nel primo, perchè allontana leggermente la sua attenzione dall'evento; nel secondo, perchè questa attenzione gli manca.

Avverto però una cosa, ed è che il concetto della colpa presso i Romani si svolse a poco a poco da quello del caso. Nell'antico diritto punitivo di Roma tutto ciò che non accadeva con dolo, era risguardato come caso e dicevasi *imprudentia* (6). La colpa adunque era ancora contenuta nel caso e non si svolse che lentamente da esso nei giudizi popolari e colla interpretazione dei giureconsulti e degli oratori, non senza influenza del gius privato, che primo ne sviluppò la dottrina, determinandone il concetto e fissando le circostanze nelle quali si doveva rispondere anche di essa. Nè prima ebbe altra conseguenza se non quella di assoggettare il colpevole al risarcimento del danno (7): anzi trovo che in tutta l'epoca republicana soltanto il dolo era punito dal popolo e dalle questioni perpetue, mentre la colpa fu sempre immune da pena, o tutt'al più il pretore e gli edili l'assoggettarono a una pena privata, cioè ad una somma maggiore del semplice importo pecuniario (8), che non vuol essere confusa con una vera pena criminale. Propriamente trovo punita la colpa solamente sotto gli imperatori (9): ma non trovo nep-

(4) L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 30. § 3. D. eod.; L. 25 § 7. D. loc. cond. 19. 2.

(5) L. 11 D. incend.

(6) Paul. Diac. v. parric. quaest.

(7) L. 7 § 2. L. 11. 18 § 1. L. 30 § 3. L. 31 D. ad leg. Aq. 9. 2.

(8) L. 42 D. de aedil. ed. 21. 1; L. 1 pr. § 5. L. 5 § 6. D. de his qui effud. 9. 3.

(9) L. 1 D. de leg. 1. 3; L. 11 § 2. D. de poen. 48. 19.

pure in quest'epoca una legge pei reati colposi. Insomma soltanto a poco a poco alcuni di essi furono puniti *extra ordinem*, sia in forza di rescritti imperiali (10), o di un senatoconsulto (11), o per la pratica forense. Tali erano per es. l'uccisione (12), l'incendio (13), la vendita di veleni fatta senza cautele (14), il dare un medicamento *ad conceptionem* che producesse la morte della paziente (15), o un filtro amatorio o un mezzo abortivo (16) ec.

Resta però fermo che la maggior parte dei malefici non era possibile senza dolo, per es. il crimenlese, l'adulterio, il plagio, il furto, il falso e l'ingiuria.

β. *La consumazione e l'attentato.*

Matthaeus, de crim. 48, 18 p. 795 seg. **Hoyer**, de conat. Giessen 1667. **Alers**, de poena cogitationis ad L. 18 D. de poen. Brema 1713. **Hovius**. de poena conat. Amsterd. 1774. **Simoni**, dei delittti di mero affetto. Como 1783, I, p. 27-72. **Cropp**, de praecept. jur. Rom. circa puniendum conat. delinq. Eidelb 1813 II. **Philipse**, de conatu del. Leyden 1822. **Wintgens**, de con. del. Gron., 1822. **Iordan**, de nonnull. controv. ad doctrin. de con. del. Marb. 1826. **Sanio**, observ. ad leg. Corn. de sicar. Regiom. 1827. **Lelièvre**, de conat. delinq. Lovan. 1828. **v. d. Veen**, de conat. del. Gron 1832. **Hepp**, üb. den gegenwärtig. Stand der Lehre von versuchten Verbrechen (Arch des C. R. 1836. p. 31-68. 230-265). **Luden**, üb. den Versuch des Verbrechens Gott. 1836. **Zachariä**, die Lehre vom Versuch des Verbrechens II. Gott. 1838. 39. **Pfotenauer**, d. Einfluss des factischen Irrthums auf die Strafbark. versuchter Verbrechen. Lips. 1838. **Wächter** I, p. 135-143. **Feuerbach**, ed. di Mittermaier p. 67 seg. **Rein** C. R. der Römer p. 132 seg. **Otto**, vom Versuch 1851. **Krug**, Lehre v. Versuche 1854. **Köstlin**, System. I, p. 214 seg.

Come il dolo e la colpa formano i due gradi del lato subiettivo dell'azione, non altrimenti ne troviamo due anche dal lato obbiettivo. Ciò che si vuole può attuarsi completamente od incompletamente: nel primo caso il reato dicesi consumato; nel secondo, attentato. La consumazione e il tentativo sono pel

---

(10) Coll. I. 6. 8. 9. 10. 11; L. 4. § 1 D. ad leg. Corn. de sic.; L. 16 § 10. D de publican. 39. 4.

(11) L. 3. § 2 D. ad leg. Corn. de sic.

(12) L. 7 pr. D. eod.

(13) L. 11 D. de incend 47. 9; Ulp. Coll. XII. 5; Paul. Coll. XII. 6.

(14) L. 3 § 3 D. ad leg. Corn. de sic.

(15) L. 3 § 2 D. eod.

(16) L. 38 § 5 D. de poen. 48. 19.

lato obbiettivo dell'azione ciò che il dolo e la colpa pel lato subiettivo di essa.

Dicesi consumato un maleficio non tosto l'azione ne ha realizzata l'idea. Generalmente, ma non sempre, la consumazione suppone che si verifichi un determinato evento, in cui l'intenzione criminosa possa dirsi raggiunta: anche in questi casi per altro ciò che importa è solo l'attuazione dell'intenzione e non quella del fine.

Invece chiamiamo tentativo la esecuzione del reato intrapresa bensì ma non compiuta. L'intenzione ha nel tentativo i medesimi caratteri come nel delitto consumato, ma non ha raggiunta la corrispondente attuazione.

Negli antichi tempi di Roma, e ancora nelle leggi delle dodici tavole, in forza del principio materiale a cui erano inspirate, valeva la massima che solo un reato consumato potesse venir punito: ma cotesta massima si perde in seguito, quando sotto l'influsso dei giudizi popolari, degli oratori e del diritto civile, che si andava svolgendo a poco a poco a sempre maggior perfezione, l'idea subiettiva si fece largo più e più, massime nel sistema delle leggi Cornelie. Allora l'atto criminoso, anzichè come semplice fatto si risguardò come manifestazione della volontà, e non dee stupire che nell'omicidio, nella perduellione, e a poco a poco in quasi tutti i crimini publici il dolo fosse ugualmente punito in tutti i gradi della sua manifestazione (1). Del resto non trovo in sulle prime nè il concetto dell'attentato, nè leggi o principii generali intorno alla sua punibilità. L'opinione sostenuta dalla maggior parte degli antichi fino dai tempi dei glossatori (2), che cioè i vocaboli *imperfectum flagitium*, *conatus*, *voluntas sceleris*, *crimen coeptum*, *inchoatum* sieno vocaboli tecnici, parmi erronea: insomma i malefici i quali non avevano conseguito il loro pieno effetto non erano puniti

(1) Cic. p. Cluent. 54. p. Mil. 7; Coll. 1 § 2. 3. 6; L. 1 pr. § 1. 3. L. 3 § 1 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 7-9 C. eod. 9. 16; L. 1 D. ad leg. Pomp. 48. 9; L. 3 pr. § 5 D. ad leg. Iul. de vi publ. 48. 6; L. 7 § 3 D. ad leg. Iul. maj. 48. 4; L. 6 § 2 D. ad leg. Fab. 48. 15; L. 1. § 1. 2. L. 8. 9 pr. § 3. D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10.

(2) Gloss. alla 5 C. de episc. et cler.; Azo ad L. 5 C. ad leg. Iul. maj.; Bartolus ad L. 15 C. ad leg. Corn. de sic.

che in quanto ei fosse particolarmente ordinato da una legge. Soltanto nel corso dell'epoca imperiale la distinzione del tentativo e del reato consumato fu intesa anche tecnicamente, e il principio che le leggi aveano prima applicato a questo e quel caso, fu elevato allora a regola generale (3).

Con ciò intendiamo di sciogliere anche quest'altra questione molto dibattuta, se cioè le molte punizioni di vari tentativi che occorrono nelle leggi sieno da interpretarsi strettamente come singolarità, o non anzi come singole applicazioni di una regola generale. Quest'ultima fu già l'opinione comune, e credo che a ragione facesse derivare quelle disposizioni da una idea fondamentale corrispondente allo spirito del diritto punitivo publico dei Romani; ma ebbe torto di supporla formulata come regola fin dai tempi delle questioni perpetue. Dall'altro canto credo col Köstlin, che abbiano torto i moderni di negare cotesta regola anche pel tempo in cui colla *cognitio extra ordinem* era permesso un più libero movimento. Quegli stessi scrittori non possono mettere in dubbio che a poco a poco i casi di attentato eccezionalmente punibili fossero aumentati di molto grazie a senatoconsulti, rescritti ecc. e l'uso ne facesse sovente dei particolari crimini straordinari. Infatti non ne mancano esempi (4); mentre d'altronde i *crimina extraordinaria*, per ciò che riguarda la punizione dei semplici tentativi, furono trattati quando come i delitti privati, massime se derivati da essi o se non avevano che un carattere di polizia (5), e quando giusta la regola osser-

(3) L. 14 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8.; L. 5. pr. C. ad leg. Iul. maj. 9. 8; L. 1 C. Th. ad leg. Iul. de amb. 9. 26; L. 7-9 C. ad leg. Corn. de sic. 9. 16; L. 3. § 3. 4. L. 13 D. eod.; § 15 I. de publ. judic. 4. 18; L. 16 C. de quaest. 9. 41; L. 5 C. de episc. et cler. 1. 3; L. 6. pr. C. de his qui ad eccles. 1. 12; L. 3 §. 11. L. 6. § 7 D. de R. M. 49. 16; L. 10 § 1. L. 11 pr. D. ad leg. Iul. pecul 48. 13.

(4) Paul R. S. V. 4 § 4. 5. 14; L. 1 D. de extr. crim. 47. 11; L. 3. § 2 D. de off. praef. vig. 1. 15; L. 4. § 12 D. de R. M. 49. 16; L. 38 § 5 D. de poen. 48. 19; L. 1 § 2. D. de effract. 47. 18; Nov. 14; L. 13 D. de cust. reor. 48. 3; L. 8. D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8.

(5) L. 1. § 1. L. 3 D. de abig. 47. 14; L. 16 § 7 D. de poen. 48. 19; L. 1. § 1. D. de effract. et expil. 47. 18; L. 1 § 7 D. de off. praef. urb. 1. 12; L. 3 D. de his qui not. 3. 2; Paul. R. S. V. 4, 13. V 12, 6; L. 3 D. de stellion. 47. 20.

vata nei crimini ordinari (6). Col tempo la *cognitio extra ordinem* valse eziandio a introdurre tecnicamente il concetto del tentativo nel diritto romano (7), e almeno in singoli casi l'attentato sperimentò una punizione più mite che non il delitto consumato (8).

Or son da vedere i vari momenti, contenuti nell'idea del tentativo.

Il momento della volontà si determina necessariamente come dolo, il quale va preso nel significato di intenzione, e non in quello di proponimento, chè altrimenti l'idea dell'attentato dipenderebbe dall'arbitrio subiettivo, mentre pei suoi rapporti col concetto dell'azione, deve anche avere una determinazione obbiettiva di misura. Il tentativo adunque senza intenzione non esiste, e vuol essere limitato ai reati dolosi, che è un principio riconosciuto anche dalle leggi romane (9).

Dall'altro canto la sola intenzione non basta. Anche il conato suppone una intenzione manifestatasi con qualche atto estrinseco, e non solo trattandosi di delitti privati (10), ma e nei crimini publici, perchè agli uni e agli altri trova applicazione la regola già accennata che *cogitationis poenam nemo patitur* (11).

Finalmente la intenzione vuol essere esternata con atto corrispondente, cioè intrapreso appunto per realizzare cotale volontà: ma non deve aver raggiunta la sua completa attuazione. In altri termini il momento del fatto corrisponde bensì, ma non completamente al momento della volontà: sia perchè la intenzione fu impedita nel successivo passaggio dei suoi momenti

(6) L. 1 pr. D. de praevar. 48. 15; L. 11 § 2 D. de pubblican. 39. 4; Paul. R. S. V. 4, 16.

(7) L. 1 pr. § 2 D. de extr. crim. 47. 11; Nov. 117 c. 9 § 3; L. 1 § 2 D. quod. quisque 2. 2; L. 5. C. ad leg. Iul. maj. 9. 8; L. 1 C. Th. ne praet. crim. maj. 9. 16; L. 1. C. Th. ad leg. Iul. de amb. 9 26.

(8) L. 1 pr. § 2 D. de extr. crim. 47. 11; L. 6 pr. D. eod ; L. 3. § 10. 11 D. de R. M. 49. 16; L. 16. § 8 D. de poen. 49. 18.

(9) L. 1 § 3. L. 3 § 2. L. 4 § 1. L. 7 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 36 § 1 D. de R. V. 6. 1; L. 3 § 1. 4. D. de off. praef. vig. 1. 15; L. 9. 11 Dd. e inc. 47. 9; L. 28 § 11 D. de poenis 48. 19.

(10) L. 1 § 1. L. 21 § 7. D. furt. 47. 2; L. 53 § 2. L. 225 D. de V. S. 50. 16.

(11) L. 18 D. poen. 48. 19; L. 5 D. ad S. C. Turp. 48. 18; Gell. 7. 3.

nel modo esteriore; sia perchè, oltre alle circostanze obbiettive supposte dall'agente, ve n'ha delle altre che non permettono all'intenzione, traducentesi in atto, di attuarsi in tutta la sua essenza, mentre quelle da lui supposte vi sarebbero state confacenti. Si domanda però se v'abbia luogo a reato quand'anche il mezzo non sia assolutamente idoneo? Alcuni scrittori considerando l'elemento subiettivo, che campeggia nel diritto romano dopo le leggi Cornelie, sostengono che anche gli atti che non erano punto idonei a effettuare il male andavano assolutamente puniti (12); altri invece propugnano il principio diametralmente opposto (13); ed altri fanno diverse distinzioni arbitrarie (14). La verità è forse questa, che relativamente alla questione in discorso non havvi in diritto romano alcuna regola fissa (15).

La relazione del momento del fatto col momento della volontà consiste in ciò nel tentativo, che quest'ultimo momento si riflette in quello come l'essenza che determina il carattere dell'operare. Per conseguenza: il fatto, quantunque manifestatosi imperfettamente, deve pur riflettere, per dirla col Köstlin, la completa essenza di una determinata intenzione diretta a effettuare l'intero corpo del maleficio. Appunto perciò il tentativo comincia dal momento in cui cotale determinata intenzione si è già manifestata in un atto esterno; e questo atto perde nuovamente il suo carattere di tentativo dal momento che l'agente rinuncia spontaneo all'intenzione che ne costituisce l'essenza.

Il diritto romano puniva veramente gli attentati anche remoti

---

(12) Bauer, Abh. I. 381. 387. 388; Geib Arch. 1837 p. 579. 580.

(13) Zachariä I § 133-135.

(14) Cropp. S. 1. p. 37 seg.; Leliévre p. 118. 119; Luden, Abh. I. 285-292; Rosshirt, Entw. p. 309.

(15) Köstlin, Neue Revision p. 362-364; Luden Handb. I. 397. n. 5; Pfotenhauer, Einfl. des factischen Irrthums bei vers. Verbrechen p. 127-160; Mittermaier, Arch. x. 546. — L. 1 pr. L. 3. pr. § 2. D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 6 pr. L. 22 § 4 D. ad leg. Corn. de fals. 48, 10; L. 38 § 6 D. de poen. 48. 19; Gai. 3, 198; L. 43 § 5. 10. 11. L. 46. § 8. D. de furt. 47. 2; L. 6 D. exp. hered. 47, 19; § 8 I. de obl. quae ex del. 4. 1; L. 20 C. de furt. 6. 2.

non tosto vi era espressa in modo non dubbio la intenzione di commettere il male (16).

C. *Il concorso nei reati.*

V. d. Kemp, de eo qui delinquentis est socius. Leyden 1790. **Schnell**, de poenis mitioribus in socios criminum. Eidelb, 1809. **Mittermaier**, üb. Begriff Arten u. Strafbarkeit des Urhebers (Arch. d. Criminalrechtes III, p. 125 seg.). **Kessemeier**, de soc. in crim. Leod. 1823. **Gevers**, de sociis delinquendi. Leyden 1824. **Busmann**, de societ. delinq. Groning. 1824. **Momaerts**, de fautor. crim. Lovan. 1827. **Ulens**, de crim. fautor. Lovan. 1828. **Stübel**, üb. die Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen. Dresda, 1828. **Rosshirt**, Entwickel. p. 246-283. **Luden**, Abhandl. II, p. 332-395. **Birnbaum**, üb. den Begriff v. socius in den Quellen des röm. Strafrechts (Arch. d. C. R. nuova serie, 1842 p. 1-60). **Martin** Lehrb. p. 156-183. **Bosch-Kemper**, de indole jur. crim. ap. Rom. p. 149-160. **Wächter** Lehrb. I, p. 144-155. **Abegg**, Lehrb. p. 110-122. **Feuerbach** Lehrb. ediz. di Mittermaier p. 74-90. **Rein**, C. R. der Römer p. 183 seg. **Berner**, die Lehre v. d. Theilnahme am Verbrechen. Berl. 1847. **Köstlin** System des d. Strafr. Tobinga, 1855 I, p. 255, seg. **Geib**, Lehrbuch, II.

Finora abbiamo considerato il maleficio stesso come azione, e non supponemmo che un solo subietto agente. Un maleficio per altro può risultare anche dalla cooperazione di più persone; e questa, se fondata in una comunanza di colpa dicesi tecnicamente partecipazione al delitto o *concursus ad delictum*. Ad ogni modo occorreva sempre un rapporto di causalità tra il subietto e l'azione, per cui nessuno poteva essere considerato come subietto di un maleficio, se la sua attività succedeva solamente ad esso, in luogo di contribuire causalmente ad originarlo.

Noi distinguiamo adunque col diritto romano l'autore o esecutore immediato, i complici e i correi dai semplici fautori o favoreggiatori.

Perchè taluno possa dirsi autore di un maleficio è necessario prima di tutto che l'azione sia derivata direttamente o indirettamente dalla libera determinazione del subietto; e trattandosi di dolo, occorre ch'egli abbia l'intendimento di attuarla appunto come sua: oltrecciò è anche necessario dal lato obbiettivo, che il resultato dell'azione abbia nella volontà del subietto

---

(16) L. 1 pr. § 1. L. 3 pr. § 1 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 1 in f. D. ad leg. Pomp. 48. 9; L. 1. 3 § 1. D. ad leg. Iul. de vi publ. 48. 6; L 1 pr. § 2. D. de extr. crim. 47. 11; L. 5 pr. C. ad leg. Iul. maj. 9. 8; L. 8 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.

il suo principio determinante; ovverosia che la causalità di questo principio non venga esclusa da quella di una terza cagione indipendente dall'azione. Il diritto romano però non ammette cotali principii che in parte. Esso richiede bensì che l'autore doloso o colposo si determini liberamente da se medesimo: ma la più precisa determinazione subiettiva dell'autore doloso è affatto estranea ad esso, perchè serve solamente a distinguere l'autore dai partecipi, che come vedremo, non erano punto distinti in Roma. Ancora, se il momento obbiettivo era riconosciuto per l'autore colposo, non lo era punto per l'autore doloso, bastando a questo che il dolo si fosse in qualche modo esternamente manifestato.

I complici o compartecipi sono coloro che han preso parte alla esistenza del maleficio di questo autore immediato. I mezzi cioè onde il subietto agente può servirsi, possono consistere, oltre che in forze naturali, anche nella volontà di altri subietti liberi, che appunto essendo liberi non patiscono alcun vincolo di necessità, ma che nondimeno possono venire determinati o determinarsi da se a prendere parte al reato di lui. La complicità adunque suppone un'opera comune tendente a produrre una data azione; e perchè contiene sempre una comunione di più volontà dirette all'unità di un fatto, perciò non può nascere che per dolo.

Tra i complici vanno distinti oggigiorno: gli aiutatori o ausiliatori, come diconsi tutti coloro che scientemente e deliberatamente appoggiano l'esecuzione della intenzione criminosa di un altro; e gli autori morali, o provocatori, o motori che voglian dirsi, cioè quelli che astrattamente sono creatori intellettuali di un'azione, per la cui fisica o materiale esecuzione deve aggiungersi un altro individuo, il quale, fattala sua, la metta poi in atto nel mondo esteriore. Queste distinzioni peraltro sono estranee al diritto romano; e non poteva essere diversamente. L'idea che campeggia nel gius romano in conformità al principio etico-politico di esso, si è che tutti coloro i quali contribuirono in qualche modo alla esistenza del maleficio debbono essere ugualmente puniti (1); e solo nell'epoca imperiale occorrono sin-

(1) È l'opinione comunemente accettata. Sono di diversa opinione:

gole modificazioni, come vedemmo verificarsi anche nell'attentato. Per ciò non dee sorprendere di non trovare alcuna esatta distinzione tecnica delle singole forme di complicità. L'esecutore immediato è detto raramente *auctor* (2), mentre d'ordinario porta il nome di *factor*, *reus principalis*, *reus*, *raptor*, *percussor* ecc., o anche *qui fecit*, *manibus suis fecit* (3): ma d'altra parte il *facere* fu adoperato anche in un senso più lato si da comprendere l'autore morale e ognuno *qui causam praebet* (4). Nè altrimenti i complici erano designati con parole comuni, ora a differenza dell'autore ed ora insieme con esso lui, come *unius facinoris rei*, *in eadem causa obnoxii*, *consortes*, *participes*, *socii*, *conscii*, *facinus communiter commissum* ec. (5). Del resto và osservata una cosa, ed è: che sebbene campeggi nel gius romano l'idea suaccennata che tutti coloro, i quali hanno preso parte alla esistenza di un maleficio debbano essere ugualmente puniti, non trovo però che ciò sia stato stabilito con un principio generale, ma vi aveano delle speciali determinazioni pei singoli malefici. Non si può adunque ammettere quel pareggiamento dell'autore immediato e dei complici se non nei casi in cui le leggi stesse espressamente lo stabiliscono. Ciò accadde col parricidio, coll'omicidio, coll'appiccato incendio, col falso, col delitto di maestà, col furto, coll'adulterio, col plagio; e altri se ne aggiunsero all'epoca imperiale. Nondimeno appunto in quest'epoca troviamo introdotte delle eccezioni all'antico uso, e puniti più mitemente i complici, che non l'autore

Schnell de poenis mitioribus in socios 1809 ed Hepp nell'Arch. 1846 p. 317 seg.

(2) L. 22 C. de poen. 9. 47.

(3) Paul. V. 14, l. 29, 2.; L. 1 § 21 D. de S. C. Silan. 29. 5. L. 7. D. de cust. 48. 3; L. 6 § 8 D. de R. M. 49. 16; L. 3 § 3 D. de incend. 47. 9; L. 7 § 5 D. de jurisd. 2. 1; L. 1 C. de fals. mon. 9. 24; L. 5 C. de accus. 9. 2.

(4) L. 4 § 14. D. de vi bon rapt. 47. 8; L. 12. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5; cf. L. 15 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 7 § 6 D. ad leg. Aq. 9. 2.

(5) Paul. V. 14, l. 2; L. 6 § 4. C. de his qui ad eccles. 1. 12; L. 4. 16 C. de quaest. 9. 41; L. 11 C. de testib. 4. 20; L. 3 C. Iudaeis 1. 9; L. 3 C. de abolit. 9. 42; L. 14 D. de S. C. Silan. 29. 5; L. 1 § 19. 20. 27 D. de quaest. 48. 18; L. 17 C. de accus. 9. 2; L. un C. de Nili agg. 9. 38.

immediato in tre delitti, cioè: nel ratto (6), nel guastamento degli argini del Nilo (7) e nella magia (8). Sotto gli imperatori cristiani erano venute insinuandosi delle idee più miti negli animi, e in qualche reato si ebbe riguardo di bel nuovo al momento obbiettivo più che non si aveva avuto per l'addietro dopo la riforma delle leggi Cornelie: ecco perchè nei tre casi suaccennati furono stabilite delle pene diverse a secondà della partecipazione al delitto: ma non per questo l'antico principio fu punto abbandonato, e le antiche leggi conservarono tutta la loro efficacia negli altri casi.

È una questione molto dibattuta se il diritto romano punisca l'autore morale anche nel caso che la sua provocazione non sia assolutamente riescita. V'hanno scrittori, i quali sostengono che la provocazione come tale andava di regola impunita, e non era colpita da pena se non allorquando il provocato avesse veramente eseguito un fatto contemplato dalla legge. Tale è l'opinione di Zachariä, Hepp e Rosshirt. Altri invece sono d'avviso che la provocazione non andasse immune da pena, che quando l'istigatore non fosse stato ascoltato: altrimenti la provocazione era punita sempre, sia che ne fosse derivata o no qualche conseguenza. Tale è l'opinione di Luden: ma come opinione ecclettica essa non ha consistenza positiva. La prima invece non è accettabile che pei tempi antichi, quando la giustizia punitiva badava più ch'altro al fatto: ma fa assolutamente alle pugna col nuovo spirito del diritto romano qual fu introdotto dalle leggi Cornelie. Certo la regola vale pei delitti privati, e relativamente ad essi n'è fatta espressa menzione nelle nostre fonti (9): ma non credo ch'essa possa trovare applicazione anche al diritto punitivo publico. Gli stessi sostenitori della opinione contraria debbono pur riconoscere che almeno eccezionalmente la semplice provocazione sia stata punibile anche quì, avvegnachè

(6) § 8 I. de publ. judic. 4. 18; L. 1 § 5. C. Th. de raptu virg, 9, 24; L. un. § 2. C. de raptu virg. 9. 13.

(7) L. un. C. de Nili agg. 9. 38; L. un. C. Th. de Nili agg. 9. 32.

(8) Paul. V. 23. 17.

(9) L. 1 § 1 L. 36 pr. L. 52. § 19 D. de furt. 47. 2; L. 7 § 4 D. arb. furt. caes. 47. 7; L. 4 § 4 D. vi bon. rapt. 47. 8; § 11. I. de oblig. quae ex del. 4. 1; § 11. I. de inj. 4. 4; L. 11 pr. L. 15 § 10 D. eod. 47. 10.

non riescita (10). Che se in diritto romano manca per vero dire una speciale sentenza che pronunci la punibilità della provocazione per sè medesima, io potrei domandare se questa sentenza fosse per avventura necessaria? e non fosse anzi suggerita dallo spirito stesso di questo diritto?

Una forma speciale di concorso è la correità: forma veramente adeguata all'idea della libertà, che si distingue sostanzialmente dalle forme indicate finora. Qui non abbiamo più una persona che determina e l'altra che si lascia determinare al reato: i due momenti non sono più distribuiti in modo ineguale fra i partecipi, ma v'è anzi per questo riguardo il più perfetto equilibrio tra essi. Ed ecco la conseguenza giuridica che ne deriva: l'unità dell'intenzione condiziona anche l'unità del fatto, e quindi tutti i correi, o coautori, o condelinquenti che vogliano chiamarsi, rispondono solidariamente. Il che valeva anche dei delitti privati: senonchè mentre l'offeso poteva ottenere separatamente l'intera pena da ognuno dei coautori del delitto, senza che il pagamento fatto da uno estinguesse l'azione penale per gli altri; in quella vece bastava che uno di essi prestasse il risarcimento, perchè l'azione persecutoria della cosa s'avesse a risguardare come estinta (11). Quant'è poi alla origine di cotesto rapporto di correità, esso può venir fondato o direttamente, in conseguenza del caso che conduce più persone animate dalla medesima idea ad agire in comune, o in forza di un espresso accordo, e in questa ipotesi è detto complotto. L'una forma e l'altra si confondono relativamente nel concetto della banda, come dicesi l'unione di più persone diretta a perpetrare ripetutamente dei reati non ancora ben determinati in ispecie. Il diritto romano però, sebbene ricordi e spesso anche la *conspiratio*, *factio* ecc. (12), con cui vengono indicati sì il com-

---

(10) Zachariä § 201; v. però anche L. 15 § 1 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 1 § 13 D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 1 D. de extraord. crim. 47. 11.

(11) L. 34 D. de inj. 47. 10; L. 55 § 1 D. de adm. tut. 26. 7; cf. L. 11 § 2. 4. L. 51 § 1. 2. D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 5. § 3 D. de his qui effud. 9. 4; L. 1 C. de cond. furt. 4. 8.

(12) p. e. L. 14 pr. L. 8 D. ad leg. Iul. mai. 48. 4; L. 5 pr. § 6 C. eod. 9. 8; L. 11 § 2 L. 16 pr. D. de poen. 48. 19; L. 3 pr. D. ad

plotto che la banda, pur non vi collega alcuna speciale significazione tecnica.

Per ciò che concerne ai fautori o favoreggiatori, come diconsi quelli che senza aver partecipato alla esistenza del reato, ma dopo che questo è stato commesso favoriscono gli autori o i complici, o ne traggono vantaggio, non trovo che fossero puniti all'epoca delle questioni perpetue se non in via di eccezione in due casi: nel furto (13) cioè, dove la cosa è facilmente spiegabile colla natura del diritto punitivo privato, e nel senatoconsulto contro i baccanali (14).

Invece non fu punito il favoreggiamento nei delitti publici se non all'epoca dell'impero (15), e precisamente ne venne fatto uno speciale *crimen extraordinarium.* Siccome i fautori non contribuiscono punto alla esistenza del maleficio, così non possono neppure risguardarsi come compartecipi di esso, e il diritto romano li dichiarò rei di uno speciale reato che stava a tutto loro carico. D'altronde non era punto necessario di conoscere dei colpevoli in uno speciale processo. Anzi ei potevano venir processati insieme col reo principale, e in più casi andavano puniti appunto colla medesima pena: ma ciò non vuol dire, come osserva il Köstlin, che si annoverassero i favoreggiatori tra i complici, nè anche se avevano promessa prima la loro cooperazione. La pena del reo principale colpiva generalmente i *receptores* nel furto; poi nella rapina, purchè avessero favorito il delinquente o il delitto per denaro o per una parte del guada-

---

leg. Iul. de vi publ. 48. 6; L. 1 §. 1. L. 9 § 3. L. 20 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 1 pr. D. de effract. 47. 18; L. 2 pr. D. ad leg. Iul. de annona 48. 12; L. 13 D. de cust. reor. 48. 3.

(13) Gai. 3, 186; § 4 I. de oblig. quae ex del. 4. 1; L. 48 § 1. 3 D. de furt. 47. 2; L. 1 pr. D. de fugit. 11. 4; L. 11 § 2. D. de serv. corr. 11. 3.

(14) Liv. 39, 17.

(15) L. 3 § 3 D. de incend. 47. 9; L. 1 D. de recept. 47. 16; L. 9. C. ad. leg. Iul. de vi 9. 12; L. 13 pr. D. de off. praes. 1. 18; L. 1. 2 C. Th. de his qui latr. 9. 29; L. 1. 2. C. I. eod. 9. 39; L. un. C. de crim. pec. 9. 28; L. 3 § 12 D. de S. C. Silan. 29. 5; L. 9 C. de malef. 9. 18; L. 3 § 3 D. de abig. 47. 14; L. un. § 2. C. de rapt. virg. 9. 13; L. 1 C. de desert. 12. 46; L. 40 D. de poen. 48 19.

gno (16); oltrecciò nel peculato (17). Ne trovo invece una di più mite nella ricettazione dei rubatori di bestiame, dei disertori, dei rapitori, dei nemici fuggiaschi, e così pure trattandosi di *latrones*, purchè il favoreggiamento non fosse stato fatto per pecunia (18). Una speciale circostanza mitigante era il vincolo della consanguineità (19); fors' anche la fragilità del sesso (20).

D. *La pena.*

a. *La pena e i suoi surrogati.*

α. *L' indole della pena, e il principio del diritto punitivo.*

Fabri, Semestr. II. c. 5-10. **Matthaeus,** de crim. 48. 18 p. 754 seg. **Invernizzi,** de pupl. et crim. ind. Roma 1787, lib. III. de poenis et suppl. p. 145-202 **Gruner,** de poenis Rom. privatis Lipsia 1805 e nei coll. di Martin I. p. 68-168. **Tonckens,** de poenis in jure Rom. Groning. 1805. **Welcker,** üb. Staat, Recht u. Strafe Giess. 1813 p. 133-145. **Rosshirt,** Entwickelung p. 120-133 **Wächter,** Lehrb I. p. 157-162. **Abegg,** Strafrechtstheorieen 1835 p. 78-105. **Heffter,** Lehrb. p. 125 seg, **Rein,** C. R. der Römer p. 78-105. 284. **Köstlin,** System I. 413 seg. Il medes. Gesch. des d. Strafrechtes Tob. 1859.

Parto dal principio che l'antagonismo, la contraddizione e la conciliazione è l'unità profonda e la legge immanente dell'universo. La quale si verifica anche nell'Ente giuridico, che essendo un Ente razionale e necessario, forma pure uno stadio necessario nel sistema universale delle cose, un' idea obbiettiva e necessaria nel sistema universale delle idee, e più particolarmente dell'idea dell' Ente sociale.

La legge afferma e determina il diritto, cioè la volontà uni-

---

(16) Paul. V. 3, 4; L. 3 § 3 D. de incend. 47. 9; L. 9. C. de vi 9. 12 e L. 1. D. h. t. 47. 16 non lo ricordano, ma vuol essere completato colla L. 1. C. de his qui latr. 9. 39.

(17) L. un. C. de crim. pecul. 9. 28.

(18) L. 3 § 3 D. de abig. 47. 14; L. 1 C. de desert. 12. 46; L. un. § 2 C. de rapt. virg. 9. 13; L. 40. D. de poen. 48. 19. L. 1. 2. C. de his qui latr. 9. 39; L. 6 § 2. D. ad leg. Iul. pec. 48. 13.

(19) L. 2 D. h. t.

(20) L. 39 § 4. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

versale che vuole assoggettarsi l'individuale: la colpa alla sua volta nega il diritto sostituendo il volere individuale all'universale. V'è dunque un punto comune in cui la legge e la colpa si urtano, e ne nasce un conflitto che vuol esser tolto. Ma siccome l'un termine val quanto l'altro, perocchè l'uno non possa sussistere senza l'altro, e l'uno sia al pari dell'altro assoluto e necessario; così occorre un termine medio che sia la negazione della negazione, e quindi la vera affermazione. La pena decide la lotta negando e affermando a un tempo la legge e la colpa, rinchiudendole e sorpassandole. Diffatti, avverte il Vera, la pena nega la legge e la colpa, non solo in quanto è diversa da ambedue, ma in quanto dimostra che sono ambedue limitate, impotenti e false. Dall'altro lato le afferma, in quanto le presuppone ambedue, nè senza di esse può essere. Infine le nega e afferma ambedue, perchè le rinchiude ambedue nella sua unità. Non fa poi questa loro unità che distinguendosi da esse, ed essendo ciò che non è partitamente nè l'una nè l'altra; e non solo essendo, ma compiendo ciò che nè l'una nè l'altra può compiere. Perocchè la natura e l'efficacia della pena stia appunto nel porre nella legge ciò che è nella colpa, cioè la forza, e nella colpa ciò che è nella legge, cioè il diritto.

La pena adunque, considerata filosoficamente, contiene innanzi tutto la ristaurazione del diritto, o ciò che torna lo stesso, una coazione esercitata contro la volontà del malfattore, perocchè l'ingiustizia specifica del reato sia formata da cotesta volontà: in ciò appunto sta la giustizia astratta della pena e la sua assoluta necessità. Essa però contiene a un tempo l'estinzione della colpa criminosa, cioè una relazione coll'animo del malfattore per allontanarlo col timore da altri delitti ed emendarlo. A ben guardare questi due aspetti della pena corrispondono ai due momenti essenziali del maleficio, che sono: la lesione del diritto riconosciuto dallo Stato, e l'azione colpevole di un uomo che scientemente e deliberatamente lede il diritto. D'altronde ove il rapporto subiettivo della pena si volesse mantenuto per se stesso, la pena si risolverebbe in una reazione generale contro tutta la subiettività del malfattore; e ciò non può essere. La pena è condizionata dal maleficio, cioè da una azione determinata; e anche il rapporto subiettivo di essa non deve oltrepas-

sare la misura di quella determinata azione. Essa dunque non può mostrarsi efficace che come una modalità per entro al momento obbiettivo; e ne segue che la misura della pena vuol essere la entità del commesso reato. In altri termini: la volontà delittuosa va assoggettata ad una coazione in quella medesima estensione e in quella medesima intensità in cui essa stessa ha fatto forza alla volontà generale espressa dalla legge, che è a dire la misura della pena è il taglione (1).

Premesse queste generali considerazioni, veggiamo a quali principii s' inspirasse il diritto punitivo dei Romani (2).

La pena, qual' è nell' idea: un ricco complesso di molteplici aspetti e non una mera e parziale astrazione, tale si presenta sempre anche nella vita, sebbene alcuni lati di essa possano essere più pronunciati secondo il carattere e il grado di cultura del popolo.

L' idea che nei tempi più antichi ispirò buona parte del diritto punitivo dei Romani fu il taglione materiale (3), e accanto ad esso esisteva un diritto punitivo publico, parte religioso e parte politico. Or certo è: la vendetta privata esprime sebbene in modo assai rozzo l' idea della giustizia. Essa non è che la più immediata e sensuale espressione del principio astratto della assoluta necessità di togliere di mezzo l' ingiustizia, ed è superiore di molto all' idea del risarcimento. A ben guardare essa contiene in germe i due concetti del soddisfacimento privato e della pena, intesa come riparazione obbiettiva del diritto offeso. Questi due concetti dovranno poi svolgersi in due sistemi diversi; ed è un tratto caratteristico del diritto romano, che ambedue sieno esistiti simultaneamente l'uno accanto dell'altro.

In ispecie il sistema del soddisfacimento privato, che può valere soltanto come transizione, si fissò stabilmente in Roma, grazie alla natura dello Stato antico; e non è se non l'equivalente e la forma più nobile del taglione materiale. Una civiltà

(1) Köstlin, System des d. Strafrechtes I, p. 386 seg.

(2) Bellissima è l' esposizione che ne fa il Köstlin nella sua Geschichte des d. Strafrechtes 1859, p. 39-47: io ne seguo le traccie.

(3) Festus v. talionis p. 362 ed. Müller; cf. Gellius XX, I; Gai. III, 223; Isidor. V. 27; Quinct. decl. 358. 372. Abegg, de antiquiss. jure crim. Rom. p. 36-43. Rein p. 36-39.

più avanzata, introducendo la pena privata, avea cercato di temperare la rozzezza della vendetta che non conosce misura; ma non per questo la pena privata va punto confusa col semplice indennizzo. Le pene private dei Romani, prescindendo dalla perdita di singole cose e diritti, consistevano nella perdita di una quota del patrimonio in generale, o almeno in un multiplo del danno.

Invece l'idea del soddisfacimento ideale si trova espressa nel diritto punitivo sacro e in quello dello Stato. Il primo ci si presenta come un sistema della vendetta nel senso più elevato della parola, in quanto la pena aveva qui il carattere di una espiazione dovuta alla divinità; ma il carattere della pena è il medesimo.

Possiamo dunque sostenere senza tema di andare errati: che nella forma più antica del diritto punitivo dei Romani campeggia il principio del soddisfacimento obbiettivo in ambi i suoi lati: il soddisfacimento materiale nel sistema del diritto punitivo privato, il soddisfacimento ideale nel sistema del diritto punitivo sacro e in quello dello Stato (4).

Ma accanto a questa tendenza ne troviamo anche un'altra. Io non dirò col Welcker (5), che fino alla legge delle dodici tavole abbia dominato in Roma un sistema penale che non mirava che alla intimidazione con un carattere dispotico e con una vendetta rozza e materiale: ma è almeno molto probabile che la tendenza della intimidazione non fosse estranea al diritto punitivo dello Stato. In generale uno Stato che non abbia ancora raggiunto il suo completo consolidamento ispirerà sempre il suo diritto di punire a questa idea, e più in Roma pel cambiamento che si era operato nella costituzione e per le lotte intestine degli ordini sociali e le continue guerre. Ancora, vi accennano alcuni altri rigori dell'antico diritto, come a cagion d'esempio le attribuzioni della patria potestà e il modo onde era trattato il debitore insolvente; ned è a transandare che erano in uso allora delle pene molto severe (6). Tutto ciò mi induce a cre-

(4) Besserer, de natura poenar. p. 18 seg. Rein p. 81.

(5) Welcker, letzte Gründe von Recht, Staat u. Strafe p. 450-583.

(6) Cic. de leg. 1, 15. pro Rab. 4; Gell. 20, 1.

dere che la tendenza subiettiva della intimidazione, massime nella forma della prevenzione generale, fosse conosciuta in Roma, come presso altri popoli in tutti i tempi.

Nel diritto punitivo della famiglia e nel surrogato publico di esso, la pena ci si presenta persino nella forma pura della correzione con un carattere pedagogico, che contiene, sebbene in germe, tanto l'intimidazione quanto l'emendazione. Questa è propriamente la forma degli Stati patriarcali: ma si riscontra come momento anche in gradi più elevati di coltura, e Roma ne porge appunto un esempio (7).

Veniamo all' êra republicana. Anche in essa convien distinguere i due sistemi del diritto punitivo privato e del diritto punitivo publico: anzi e' si trovano oggimai in aperta opposizione tra loro, e appunto perciò esprimono colla vivezza la più concreta che immaginare si possa, l' idea del soddisfacimento in ambi i suoi lati. Quello richiesto dal diritto punitivo dello Stato era talmente ideale, che la pena non conosceva altra alternativa fuor questa: o riparazione in denaro o espulsione dal civile consorzio; e il cittadino stesso, che prescieglieva questa ultima via, doveva pronunciare la grave sentenza contro di sè. La quale semplicissima antitesi esprime a meraviglia l' inflessibilità del carattere republicano e l' estrema conseguenza di un sistema publico fondato puramente sulla personalità, sull'assorbimento dell'uomo nel cittadino. La sentenza anzichè accomodarsi all' indole concreta del reato, oltrepassava di gran lunga la colpa concreta sì da abbracciare tutta la personalità.

Senonchè l' epoca imperiale declinò da questa così austera moralità republicana. L' idea della personalità fu ricacciata nel diritto privato: l'uomo non fu più assorbito dal cittadino; questi non venne più chiamato a pronunciare un giudizio sovra di se; anche la semplice alternativa che volle già espulso il cittadino il quale non espiava la sua colpa in danaro, andò naturalmente perduta. Cosa dunque sottentrò in sua vece? La decisione che, come avvertii, abbracciava tutta la personalità, fu rimpiazzata dalla decisione sulla colpa concreta, e i giureconsulti romani

(7) L. 9 § 3 D. de off. procons. 1. 16; L. un. C. Th. de emend. prop. 9. 13. Vedi però anche L. 20 D. de poen. 48. 19; Nov. Leon. 105; Iust. Nov. XII. 1; Abegg, Strafrechtstheorieen p. 88-91.

insistono perchè la pena debba attagliarsi completamente all'indole concreta del reato. In pari tempo il diritto punitivo privato andò avvicinandosi al publico, e apparve più puro lo scopo dell'attuazione del diritto come tale. Questo grande resultato è dovuto alla istituzione della *cognitio extra ordinem*. Per essa fu possibile ciò che non era stato coll'*ordo judiciorum publicorum*, di apprezzare cioè il maleficio in tutti i suoi aspetti, giusta i suoi momenti interni ed esterni, e provvedere così a una più conveniente attuazione del principio della giustizia. Il mutamento operatosi nel processo influì adunque anche pei mutamenti nel diritto punitivo materiale. Infatti, come vedemmo, delle idee affatto nuove penetrarono appunto in quest' epoca nella teoria dell' attentato, dell' aiuto, della colpa, dell' affetto, della recidiva ecc. (8). In ispecie ricordo nuovamente, come il tentativo fosse in parte distinto qual minor grado di colpa dal delitto consumato, e si distinguessero pure più gradi di colpa nella partecipazione al reato. Senonchè egli è appunto caratteristico, che questi nuovi principii sì nell'un caso e sì nell'altro, non poterono far breccia e rimasero limitati a singole sporadiche manifestazioni.

Ancora, quella maggiore libertà accordata al giudice, se giovò ad apprezzare la colpa delittuosa secondo la totalità dei suoi momenti, doveva prestar la mano alle tendenze della prevenzione e della intimidazione così naturali alla nuova forma di governo. Le quali, se parvero giustificate in un tempo in cui lo Stato non era ancor bene consolidato, lo erano adesso perchè questo Stato perdeva sempre più di consistenza, e non si poteva contare sul patriottismo. In altri termini, le masse doveano essere contenute colla paura; e questo sistema, se da un lato tornava gradito al dispotismo, era pur necessario dall'altro per lo snervamento morale e la disorganizzazione della società. Non ostante adunque che in più luoghi delle nostre fonti si trovi espressa molto chiaramente l'idea, che l'essenza specifica della pena publica consista nel soddisfacimento obbiettivo per il commesso reato (9), troviamo che il principio della intimidazione

---

(8) L. 11. 13 D. de poen. 48. 19; Nov. 105; L. 1 § 2 D. de extr. crim. 47. 11; L. 6 pr. § 2. L. 7. 9. 10 D. eod.

(9) L. 131 D. de V. S. 50. 16; L. 11. 37 D. de poen. 48. 19; L. 22

ottenne pure una influenza indipendente. Ciò risulta anzitutto da più leggi, le quali ricordano gli scopi della prevenzione generale e speciale, e non solo come modalità secondarie, ma non di rado come momenti principali (10). Ciò risulta eziandio dalla durezza che campeggia nel sistema delle pene; risulta dal mutamento operatosi allora nel processo in un senso inquisitorio; risulta dalla crudeltà confinante quasi alla frenesia, onde erano trattati i delitti contro lo Stato; ma sopratutto ci conforta in questa idea la storia generale della decadenza della nazionalità romana e dello Stato romano. Il che non toglie però che questo o quell' imperatore, indettato a più sani principii, non abbia allentato le redini, ed anzi le condizioni fossero a quando a quando soddisfacenti; come è vero altresì che la intimidazione aveva il suo campo più nei reati contro lo Stato che negli altri.

Solo quando lo Stato già volgeva al tramonto sorse in Roma per influenza religiosa e in opposizione al sistema dominante una nuova teoria che assegnava come scopo della pena l'emendazione. Già Paolo ebbe a dire: *poena constituitur in emendationem hominum* (11); e questo principio può trovarsi veramente nelle costituzioni di Giustiniano e di Leone (12): anche le parole *admonitio*, *castigatio* (13) accennano a siffatto scopo della pena. Nondimeno la teoria in discorso non potè far breccia, manifestamente perchè trovò un sistema giuridico inspirato fortemente alla intimidazione, in opposizione alla quale era sorta.

Aggiungiamo alcunchè sulle varie specie delle pene.

Le antiche leggi ne conoscevano otto: le pene pecuniarie, l'arresto personale, la fustigazione, il taglione, la perdita del-

---

C. eod. 9. 47; Nov. Leon. 105; L. 9. 10 D. de extr. crim. 47. 11; L. 3 § 2. D. de term. mot. 47. 21; L. 7 § 3 D. de lege Iul. repet. 48. 11.

(10) L. 6 in f. D. de cust. reor. 48. 3; L. 1 § 1 D. de I. et I. 1. 1; L. 20 C. in f. de furt. 6. 2; L. 14 C. de poen. 9. 47; Nov. 17 c. 5. — L. 6 § 1. L. 16 § 10. L. 28 § 15. L. 38 § 5 D. de poen. 48. 19; § 8. I. in f. de oblig. quae ex del. 4. 1; L. 3 § 2 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 31 pr. D. depos. 16. 3; L. 6 § 3. D. de R. M. 49. 16; L. 1 C. ad leg. Iul. rep. 9. 27; L. un. pr. C. de raptu virg. 9. 13; Nov. 30 c. 11.

(11) L. 20 D. de poen. 48. 19.

(12) Iust. Nov. 12, 1; Nov. Leon. 105.

(13) p. e. L. 7 D. de poen. 48. 19.

l'onore, l'esilio, la servitù e la morte (14): ma sotto gli imperatori se ne aggiunsero delle altre.

Volendo ridurle a sistema, converrà distinguere innanzi tutto le pene propriamente dette, che potevano essere capitali e non capitali, dalle pene pecuniarie, a seconda che colpivano o no la estimazione civile (15). Le pene capitali, altre toglievano la libertà e la cittadinanza, altre la cittadinanza soltanto, ma consumavano sempre la estimazione: le non capitali diminuivano la estimazione, ma non la consumavano (16).

Ancora, v'avea delle pene legittime, cioè inflitte in base ad una *Lex*, che apparteneva all'antico *ordo judiciorum publicorum* (17), e delle pene che possiamo dire straordinarie, cioè irrogate senza che ci fosse una legge antica o almeno in modo diverso da essa (18), che per lo più avevano un carattere indeterminato e dipendevano dal criterio del giudice (19).

Anticamente vi fu pure una differenza, nell' applicazione di queste pene, tra i cittadini e gli altri sudditi: in seguito se ne fece una tra la comune dei cittadini e alcuni ordini o classi sociali; e v' ebbero così delle pene comuni e delle pene speciali, a seconda che colpivano tutte le classi degli abitatori o solo alcune di esse, p. es. i decurioni, i soldati, gli ecclesiastici e gli schiavi (20).

Infine alcune venivano inflitte unicamente nell'interesse dello Stato senza che la parte lesa ne traesse alcun vantaggio, e tali erano quelle dei crimini publici, pene publiche: altre invece importavano una prestazione a beneficio del privato; e queste erano le pene dei delitti privati, pene private, che consistevano, come

(14) Cic. ap. August. de civit. Dei 21, 11.

(15) L. 131 D. de V. S. 50. 16; L. 1. C. de modo mult. 1. 54.

(16) L. 103 D. de V. S. 50. 16; L. 2 pr. D. de poenis 48. 19; L. 2 D. de publ. judic. 48. 1. — L. 28 pr. § 1 D. de poenis 48. 19; L. 5 § 2 D. de extr. cogn. 50. 13.

(17) L. 3 § 2. D. stell. 47. 20.

(18) L. 7 § 3 D. ad leg. Iul. rep. 48. 11; L. 3 D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 1 § 3. D. de poenis 48. 19.

(19) L. 13 D. de poen. 48. 19.

(20) L. 9 § 10-15 L. 10. 15. 28 § 2. 5. L. 38 § 3. 5. 7. D. de poenis; L. 6 §. 2 D. de interd. 48. 22; L. 3 § 1 D. de re milit. 49. 16; L. 1 C. Th. de falsa moneta 9. 21; L. 75 C Th. de decur. 12. 1.

avvertii più sopra, o in una somma di pecunia del valore doppio, triplo o quadruplo del danno cagionato (21), o nella perdita di una quota del patrimonio (22), o di singole cose o diritti (23).

Quest' ultima differenza, che è quella che c' interessa più da vicino, appare già manifesta nei frammenti delle dodici tavole; le quali, se minacciavano la vendetta publica a più malefici (24), non minacciavano ad altri che una pena, la quale doveva pagarsi all'offeso, e aveva lo scopo di procacciargli un soddisfacimento in riparazione dell' offeso diritto, onde parrà naturale ch' egli potesse venire a patti coll' offensore (25). Le prime si facevano valere col mezzo di un' accusa e dipendevano unicamente dalla legislazione; le ultime aveano il carattere di una pretesa obbligatoria: erano precisamente le *obligationes ex delicto*, di cui ci occupiamo presentemente, la cui esecuzione si domandava col mezzo di un' *actio* dinanzi ai soliti tribunali civili, e come altre parti del gius privato formavano anche obbietto delle disposizioni dell'editto pretorio. Senonchè avvertii già che anche più delitti privati vennero puniti col tempo con pene publiche, parte grazie a una legge e parte in via straordinaria (26), e l'offeso aveva allora la scelta tra l'azione privata e l'accusa (27).

Ancora, non poteva di regola (28) essere aggiunta in via straordinaria un' altra pena a una pena privata (29); ma dall'altro canto l'offeso poteva a sua scelta domandare il risarci-

---

(21) p. e. § 18 seg. § 25 seg. I. de act. 4. 6; § 1. I. de poena temere litig. 4. 16; nel furtum, vi bon. rapt., damnum, injuria, incendium, ruina, naufragium ec.

(22) L. 11 C. de repud. 5. 17.

(23) p. e. § 1 I. vi bon. rapt. 4. 2; L. 10 § 1 D. de fidej. 46. 1. — Il Gruner, de poenis Rom. priv. Lips. 1805 dà un elenco di tutte le pene private.

(24) Cic. de rep. 4. 10; Varro de L. L. 7, 49; Dionys. 2, 9; Liv. 1, 26; Festus v. parric.; L. 9. D. de incend. ruina naufr. 47. 9; Servius ad Virg. Aen. 6, 609; Augustin. de civit. Dei 2, 9.

(25) Festus v. talionis; Gai. 3, 223.

(26) p. e. L. 92 D. de furt. 47. 2; L. 5 pr. § 9. 10. L. 45 D. de injur. 47. 16; § 10 I de injur. 4. 4.

(27) L. 3 D. de priv. del 47. 1; L. 92 D. de furt 47. 2.

(28) È osservabile una eccezione contenuta nella L. 9. § 5 D. de public. 39. 4.

(29) L. 56 § 1 D. de furt. 47. 2.

mento *(actio rei persecutoria)* indipendentemente dalla pena privata *(actio mere poenalis)*, o anche associare la pena al risarcimento *(actio mixta)* (30). Non era lecito invece perseguitare un maleficio in giudizio come delitto privato, se il fatto costituiva propriamente un reato publico d'altra specie (31).

Queste azioni potevano essere intentate tanto dalla parte lesa quanto eziandio dai suoi eredi, perchè formavano parte dei beni di essa (32): ma, come vedremo, non potevano essere sperimentate contro gli eredi del colpevole.

---

bb. *I surrogati della pena.*

α. *La morte del delinquente.*

Matthaeus, de crim. 48. 19. 3 p. 832-837. **Redding**, de vi et effectu mortis et dementiae, cum in reor. damnationem, tum in damnat. poenam Groning. 1823. **Rosshirt**, Entwickelung der Grunds. p. 373-381. **Rein**, C. R. der Römer p. 280 seg. — **Wächter**, Lehrb. I. p. 274 seg. **Heffter**, Lehrb. p. 211 seg. **Abegg**, Lehrb. p. 257 seg. **Köstlin**, System p 475 seg.

La morte del delinquente non è solo un motivo di fatto, ma eziandio un motivo giuridico di estinzione dei malefici; perchè non solo la possibilità, ma anche la necessità di togliere convenientemente il reato col mezzo della pena, vien meno per essa. La esecuzione della pena adunque è essenzialmente condizionata alla esistenza fisica del delinquente. E ciò vale altresì delle pene pecuniarie, le quali non potranno eseguirsi se non allorquando il malfattore sia stato condannato, mentre ancora era in vita, e la condanna sia passata in giudicato. In questa ipotesi la pena ha colpito l'uomo ancora vivo e deve immaginarsi eseguita durante la vita di lui: perciò il suo patrimonio non può trapassare agli eredi che dopo detratta la somma già scaduta.

---

(30) Gai. 3, 6-9. 16-19; Tit. I. de act. 4. 6.

(31) L. 7 § 1 D. de injur. 47. 16.

(32) § 1 I. de perp. et temp. act. 4. 12; L. 1 § 1 D. de priv. del. 47. 1; cf. L. 11 D. de cond. furt. 13. 1; L. 5 § 5 D de his qui effud. 9. 3; L. 14 § 2 D. quod metus causa 4. 2.

I Romani infatti in tutta l'epoca republicana considerarono il reato come estinto, allorquando il malfattore moriva prima che la sentenza fosse pronunciata: ma ammettevano che si potessero confiscarne i beni quando la condanna era già seguita, e questa ne importava appunto la confisca (1)

Nè le cose si mutarono gran fatto ai tempi dell'impero.

I. Può darsi che il delinquente muoia prima che la sentenza sia pronunciata. I Romani in questa ipotesi consideravano pur sempre il reato come estinto; perchè trovo scritto: *is qui in reatu decedit integri status decedit*; *exstinguitur enim crimen mortalitate* (2); e altrove: *poena mortuo eo,in quem constitui videtur, desinit* (3). Nondimeno questo principio era oggimai soggetto ad alcune restrizioni. Nel crimine di maestà e quando un accusato criminale si toglieva la vita per timore della pena, la legge ne voleva condannata la memoria (4); mentre in altri casi la punizione colpiva almeno il patrimonio, non potendo colpire il reo. Ciò si verificava generalmente in tutti i reati che non erano publici, e quindi sì nei delitti privati (5) che nei crimini straordinari (6); perchè le pene pecuniarie trapassavano agli eredi, anche senza una precedente condanna, purchè l'accusa fosse già stata mossa contro l'autore. Se non lo era, la morte del delinquente estingueva il maleficio. In questa ipotesi, anche trattandosi di delitti privati, non era lecito intentare l'azione penale contro gli eredi del colpevole giusta il principio che *poena suos tenet auctores* (7); e solo la *condictio furtiva* era esperibile in solido anche contro di essi (8), essendo per sua natura una *condictio sine causa.*

---

(1) Val. Max. IX. 12, 7.

(2) L. 11 D. ad leg. Iul. mai. 48. 5.

(3) L. 20 D. de poen. 48. 19; L. 1, § 4 D. de requir. reis 48. 17; L. 6 D. de publ. iudic. 48. 1.

(4) § 3 I. de pub. judic. 4. 18; L. 11 § 3 D. de his qui not. 3. 2; L. 35 D. de relig. 11. 7; L. 24 D. de poen. 48. 19.

(5) L. 26. 33 D. de O. et A. 44. 7; § 1. I de perp. et temp. act.. 4. 12.

(6) L. 20 D. de accus. 48. 2.

(7) § 1. I. de perp. et temp. act. 4. 12; L. 5 § 5 D. de his qui effud. 9. 3; L. 1 pr. D. de priv. del. 47. 1; L. 20 D. de poen. 48. 19.

(8) § 19 I. de obl. ex del. 4. 1; L. 5. 7 § 2. L. 9 D. de cond. furt. 13. 1.

Quant' è ai crimini ordinari valeva generalmente la regola che *crimen exstinguitur mortalitate* (9); ma v' erano delle eccezioni introdotte in favore del crimenlese, della concussione e della diserzione, che ammettevano anche una tacita confisca dei beni senza che fosse punto necessaria una condanna dell' accusato mentre era in vita: anzi senza che occorresse neppure che l'accusa fosse mossa, perchè poteva esserlo anche dopo la morte del delinquente e ne venivano confiscati i beni nè più nè meno che se fosse in vita (10). Teniamo fermo peraltro che tutte queste non erano che eccezioni alla regola.

II. Supponiamo invece che il delinquente sia morto dopo che la condanna è passata in giudicato. La morte non può certamente aver tanta forza da annullarla; e a differenza del caso precedente, dobbiamo stabilire la regola che il reato esiste. Perciò le pene che possono ancora venir applicate debbono anche applicarsi, e tali sono certamente le pene pecuniarie; perchè avendo la sentenza pronunciate queste pene mentre il delinquente era in vita, ne ha fatto un debito civile che pesa sulla sostanza di lui. Questa regola trovava applicazione anche ai crimini publici (11).

III. Ad ogni modo s' intende che trattandosi di beni acquistati indebitamente, sì il fisco (12) poteva far valere le sue pretese e sì l'offeso, ma solo in via civile (13), e solo in quanto gli eredi si fossero locupletati pel reato del loro autore: *quod ad eos pervenit — ne alieno scelere ditentur* (14).

---

(9) L. 20 D. de accus. 48. 2; L. 2 § 2 D. poen. 48. 19; L. 5 C. si reus vel accus. 9. 6.

(10) L. 20 D. de accus. 48. 2; L. 11 D. ad leg. Iul. mai. 48. 4; L. 4 C. ad leg. Iul. repet. 9. 27; L. 4 C. de re milit. 12. 36.

(11) L. 5 C. si reus vel accus. 9. 6.

(12) L. 9 D. de jure fisci 49. 14.

(13) L. 6 D. de publ. judic. 48. 1.

(14) L. un. C. de ex del. def. 4. 17; L. 5. pr. D. de calumn. 3. 6. — L. 2 D. ad leg. Iul. repet. 18. 11; L. 2 C. eod. 9. 27; L. 14 D. ad leg. Iul. pecul. 48. 13; L. 12 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 8. 14 D. de publicanis 39. 4. — L. 38. 44. D. de R. I. 50 17; § 9 in f. I de lege Aq. 4. 3; L. 38 § 2 D. eod.

β. *La prescrizione.*

Matthaeus, de crim. 48. 19. 4 p. 837-841. **Thomasius,** de bigam. praescr. Ala 1685. **Hallacher,** princip. jur. rom. de praescr. crim Erlang. 1788. **Henkel,** utrum del. poena praescr. recte tollantur Viteb. 1793. **Kretzschmann,** de orig. praescr. crim. Lips. 1803. **Ypeil,** de praescr. crim. ac poenar Groning 1826. **Unterholzner,** Entwickel. der Verjährungslehre Lips. 1828. II. p. 435-477 **Rosshirt,** Entwickel. der Grunds. p. 385-415. **Platzmann,** de poen. praescr. Lips. 1832. **Gründler,** Beiträge zur Lehre v. der Verjähr. der peinl. Strafen (A. des C. R. Nuova Serie 1841 p. 512-533). **Zachariä,** von der Verjährung der Verbrechen (A. des C. R. Nuova Serie 1842 p. 199-213). **Rein,** C. R. de Römer p. 276 seg. — **Wächter,** Lehrb. I. 266-273. **Heffter,** Lehrb. p. 205-213. **Abegg,** Lehrb. p. 252-256. **Feuerbach,** ed. di Mittermaier p. 111-117. **Köstlin,** System p. 481 seg

Anche durante la vita del delinquente la pena può venir esclusa, e anzitutto in forza della prescrizione. Osserva il Berner, che il reato esce col tempo dalla vita, con cui soltanto ha da che fare l'amministrazione della giustizia, per entrare in un passato il quale non presenta che un interesse istorico. Gli effetti del reato vengono cancellati dal tempo: il danno, il dolore, persino la memoria del fatto si perdono a poco a poco. Il delinquente si è forse emendato; la prava volontà da cui è derivato il maleficio non esiste più; le passioni che hanno spinto il malfattore a commetterlo son forse spente: qual motivo esisterebbe ancora per punire quest'uomo? Si aggiunge, che dopo trascorso un certo termine dacchè il maleficio fù perpetrato, una procedura intorno ad esso non è più possibile, perchè intanto le sue traccie si smarriscono e i testimoni diventano così incerti che tanto la prova della colpa quanto quella della innocenza perdono ogni attendibilità. Col giungere di questo istante lo Stato non tollera più che possa prodursi un' azione penale perchè l' amministrazione della giustizia non abbia ad essere tratta in errore. Questa è la prescrizione dell'azione. Se poi la sentenza fosse stata pronunciata prima di questo istante, ma ne fosse stata impedita la esecuzione, la prova del reato sarebbe bensì assecurata, ma la forza del tempo non cessa per questo di consumare a poco a poco il maleficio. Ancora, la sentenza già pronunciata che domanda una esecuzione basta per tenere il malfattore in esilio o in continue angustie, e operare così una espiazione del reato al pari della pena. Perciò lo Stato deve escludere anche la pena già pronunciata; e questa è la prescrizione della pena.

I Romani non conobbero a lungo alcuna prescrizione (1): essa fu introdotta dapprima dalla *Lex Julia de adulterio*, ma diventò poi generale per quasi tutti i reati (2). Nondimeno trovo ammessa soltanto la prescrizione dell'azione, non anche la prescrizione della pena; e ancora, erano eccettuati alcuni malefici: il parricidio (3), l'apostasia (4), e il parto supposto (5).

Questa prescrizione supponeva per diritto romano una sola condizione, che cioè fosse trascorso il termine stabilito dalla legge senza che il giudizio avesse fatto alcun passo determinato all'uopo della investigazione e punizione del fatto (6); ma non esigeva anche la certezza che il reo nel frattempo non avesse commesso alcun altro maleficio. Il termine legale era di venti anni pei crimini pubblici (7), salvo in quelli di carne, come l'adulterio, lo stupro, il lenocinio, l'incesto, la venere nefanda (8), oltrecciò nel peculato (9) e nella defraudazione delle gabelle (10), che prescrivevano in cinque. Per le azioni penali private v'avea una prescrizione di trenta anni (11), o di uno (12), a seconda derivavano dal diritto civile o dal diritto pretorio: solo eccezionalmente alcune azioni pretorie erano perpetue (13).

Questo termine comincia colla esecuzione del maleficio (14), ed è un *tempus continuum* (15): la prescrizione decorreva sia

(1) Arg. Cic. p. Rab. perd. 9.

(2) L. 12 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.

(3) L. 10 D. de lege Pomp. de parr. 48. 9; L. 13 D. ad S. C. Silan. 29. 5.

(4) L. 4 C. de apost. 1. 7.

(5) L. 19 § 1 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10.

(6) L. 11 § 4. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(7) L. 12 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22; L. 3 D. de req. reis 48. 17; L. 13 D. de div. temp. praescr. 44. 3.

(8) L. 29 § 6 D. ad leg. Iul. de adult 48. 5; L. 1, § 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(9) L. 7 D. ad leg. Iul. pecul. 48. 13.

(10) L. 2 C. de vect. et comm. 4. 61.

(11) L. 3 C. de praescr. trig. ann. 7. 39.

(12) pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12.

(13) L. 13 D. de servo corr. 11. 3; L. 1 § 5 D. de his qui effud. 9. 3; L. 18 D. depos. 16. 3; L. 1 § 23 D. de tut. et rat. 27. 3.

(14) L. 11 § 4. L. 29. § 7. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(15) L. 11 § 4. L. 29 § 7. L. 31 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5; L. 1. § 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16.

che il fatto o il malfattore fossero o no conosciuti, sia che la ignoranza del giudizio fosse colposa o inevitabile (16), e quand'anche la persecuzione fosse impossibile per essere sospesa l'amministrazione della giustizia (17). D'altronde essa veniva interrotta per ogni atto giudiziario diretto contro il malfattore a motivo del maleficio in discorso (18), purchè ne emergesse indubitatamente la intenzione di trattarlo tosto come imputato. Un atto adunque che avesse solo per iscopo di stabilire il fatto obbiettivo, o anche di raccogliere degli indizi contro il colpevole non bastava ancora allo scopo; il che discende molto naturalmente dalla natura del processo accusatorio. Precisamente ci voleva una *postulatio*: che se l'azione fosse rimasta giacente, e venisse rinnovata in seguito, il tempo trascorso durante la prima inquisizione non andava computato nel termine della prescrizione (19).

Compita la prescrizione, l'azione in discorso perdeva il suo carattere delittuoso. Infatti veniva tolto che essa potesse perseguitarsi criminalmente (20) ed era estinta con ciò la punibilità del reato (21). Ma tanto è dire maleficio quanto ingiustizia punibile. Quindi non solo cessava la persecuzione penale con tutti i suoi effetti; ma anche l'azione non poteva venir più adoperata per ascrivere un carattere di maggiore punibilità ad altra azione commessa posteriormente. Del resto affatto indipendente dalla prescrizione criminale era la prescrizione dell'azione pel risarcimento del danno.

---

(16). L. 29 § 7 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(17) L. 37 pr. D. de minor. 4. 4; L. 18 D. ex quib. caus. maj. 4. 6.

(18) L. 29 § 7 D. ad leg. Iul de adult. 48. 5.

(19) L. 31 D. eod.

(20) L. 19 § 1 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 12 C. eod. 9. 22; L. 29 § 5. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5; L. 1 § 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(21) L. 47 § 6 D. de injur. 47 10.

γ. *Il condono privato.*

Matthaeus, de crim. 48. 19. 7. p. 855-865. **Heffter.** Lehrb. p. 214 seg. **Platner,** quaest. de jure crim. Rom. p. 114 seg. **Abegg,** Lehrb. p. 259. 260 **Rein,** C. R. der Römer p. 283. **Köstlin,** System p. 513 seg.

Un altro motivo che estingueva la punibilità dei reati era per i Romani la rinuncia all'azione. Per vero dire una legge, la quale respinga le idee del delitto privato e della pena privata deve anche respingere questo motivo di estinzione: pei Romani invece ei discendeva molto conseguentemente dal loro sistema punitivo. La rinuncia era ammessa generalmente come regola nei delitti privati, a motivo del carattere civile che prevaleva in essi: ma ad ogni modo si supponeva che l'attore non fosse stato indotto a rinunciare all'azione per la promessa di un lucro (1). Nel diritto punitivo publico v' aveano pure dei casi in cui il generale diritto di accusa era limitato in favore dell'offeso. Ciò si verificava nei crimini di adulterio (2), di ratto (3), e di parto supposto (4): ma non assolutamente; e ad ogni modo queste non erano che eccezioni introdotte per non turbare la dignità e santità dei domestici lari.

---

b. *L'applicazione della pena al reato.*

aa. *La legge come limite assoluto.*

Matthaeus, de crim. 47. 1. 4 p. 99-107; 4. 3 p. 168-175. **Finestres,** comm. ad Hermog. epitom. juris ad L. 32 de O. et A. 1757 p. 601-644. **Vianen,** de concursu actionum Traiect. 1736 e nel nov. thesaur. di Oelrich 1771. I. p. 293-308. **Savigny,** de concursu delictor. formali Marb. 1800. **Schröter,** de concursu delictor. Lips. 1812 e nell'Handbuch des peinl. Rechts I. p. 188-208 Lips. 1818. **Wafelaer,** de delict. Lo-

(1) L. 4 § 5. L. 5. 6 § 3. D. de his qui not. 3. 2; v. L. 54 § 5 D. de furt. 47. 2; L. 1 § 3 D. de calumn. 3. 6.

(2) L. 2-4. L. 11. § 5-11. L. 14 § 2, 3. L. 15. 17-19. 26. 37. 39. § 1-3 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5; L. 6. 8. 11. 30 C. eod. 9. 9.

(3) L. un. pr. C. de rapt. 9. 13; Nov. 123. c. 43.

(4) L. 30 § 1 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10.

van. 1822. **Kohler,** üb. das Zusammentreffen der Uebertetrungen Würzb. 1827. **Bosch-Kemper,** de indole jur. crim. ap. Rom. p. 188-206. **Wächter,** Lehrb. I. p. 245-260. **Heffter,** Lehrb. p. 180 seg. **Abegg,** Lehrb. p. 241-246. **Feuerbach,** ediz. di Mittermaier p. 187-201. **Göschen,** Vorlesungen üb das gem. Civilr. I p. 447-463. **Savigny,** System V. p. 264-266. **Platner,** quaest. de jure crim. Rom. p. 147-163. **Rein,** C. R. der Römer p. 244 seg. p. 233. **Köstlin,** System p. 534 seg.

La legge ha lo scopo di separare i concetti del delitto e della pena nelle loro specie, e stabilire una specie corrispondente di pena per ogni diversa specie di reato. Ciò si rende possibile grazie al concetto stesso della pena, che come dissi, è destinata a togliere di mezzo la volontà delittuosa nella medesima estensione e nella medesima intensità in cui essa ha negato nel delitto la volontà generale. E la legge ha per la sua stessa natura un carattere generale, non solo perchè contiene l'unica e valida norma per decidere i molti casi contemplati da essa, ma eziandio perchè è e dev' essere una norma generale per molti e diversi casi, molto differenti fra loro anche in ispecie.

I. La norma generale della legge vincola assolutamente lapotestà giudiziaria, che non può nè restingerla nè allargarla; e i Romani vollero sempre religiosamente rispettato questo principio, sì dal giudice nelle questioni perpetue, dove la pena determinata era prescritta dalla *Lex* (1), e anche nell'epoca imperiale, allorquando la pena non era mutata dalla legge stessa o dalla consuetudine. Ecco ciò che ne dice Ulpiano: *facti quidem quaestio in arbitrio est judicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur sed legis auctoritate reservatur* (2); e Papiniano: *cum facti quidem quaestio sit in potestate judicantium, juris autem auctoritas non sit* (3). Il giudice che di proprio arbitrio condonava o mitigava la pena stabilita dalla legge era severamente punito, persino colla deportazione in un isola (4): ma dall' altro canto egli non doveva

(1) Cic. Verr. I, 47.

(2) L. 1 § 4 D. al S. C. Turp. 48. 16.

(3) L. 15 pr. D. ad munic. 50. 1; v. anche L. 131 § 1. L. 244 D. de V. S. 50. 16; L. 12 § 1. D. qui et a quib. 40. 9; L. 1 § 3 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 40 §. 1 D. de judic. 5. 1; L. 8 § 2 C. ad leg. Iul. vi 9. 12; L. 3 C. ne sanct. bapt. 1, 6; L. 13 C. de sent. 7. 45; pr. I. de off. jud. 4. 17; Nov. 15, 1, 1; 17, 5; 77, 1; 82, 13; 113, 1. 2.

(4) Paul. V. 25, 4: vedi altresì parecchie delle leggi citate nella nota precedente.

punire che il vero colpevole, non anche l'innocente; e il fatto e la colpa voleano essere esattamente accertati. In altri termini, non era lecito infliggere alcuna pena in base a un semplice sospetto e senza una piena prova, osservando Traiano: *sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari.... satius enim esse, impunitum relinquere facinus nocentis, quam innocentem damnari* (5). Lo stesso principio fu anche solennemente riconosciuto da Costantino e da Onorio (6); e solo in casi molto eccezionali erano puniti anche gl'innocenti. Ciò si verificava coi figli dei rei di Stato (7), coi figli nati da una donna che aveva avuto occulto commercio col proprio servo (8), e coi proconsoli, che rispondevano dei reati delle lor mogli, se queste li avevano accompagnati nella provincia (9).

II. La regola che il giudice debba essere vincolato alla legge trova un'applicazione molto importante nel caso del concorso di più malefici. Il giudice, purchè non sia disposto diversamente, non può aver facoltà di rilasciare o mitigare pel solo fatto della concorrenza l'una o l'altra delle pene incorse per legge; e non importa se i più reati sieno stati commessi con una sola azione o con più. Del resto sebbene non possa accordarsi questo diritto al giudice di mitigare la pena, sarebbe però ugualmente erroneo di tenerlo obbligato unicamente a sommare le varie pene incorse, perocchè facendo questo, verrebbe precisamente ad urtare contro la legge. È cioè un'osservazione molto ovvia, che per la natura stessa della cosa, le pene crescano d'intensità quando vengano immediatamente unite. Il di più adunque vuol essere detratto: ma non basta. Vista la natura necessariamente limitata della esistenza e del possesso umano, potrebbe verificarsi in molti casi che la somma totale delle pene fosse troppo grande in confronto della durata media della vita e della misura media del possesso: perciò la legge deve fissare dei limiti.

La teoria del concorso dei reati non si sviluppò nel diritto romano che colla introduzione delle cognizioni straordinarie. Per

(5) L. 5 pr. D. de poen. 48. 19.
(6) L. 16. 22 C. de poen. 9. 47.
(7) L. 5 § 1. 3 C. ad leg. Iul. mai. 9. 8.
(8) L. un. C. de mul. quae se prop. serv. 9. 11.
(9). L. 4 § 2 D. de off. procons. 1. 16.

vero dire i comizi non erano punto vincolati a una certa *lex* (10), e v' era dunque la possibilità che sorgesse anche prima; ma non sorse. Invece le questioni non erano competenti che pei determinati malefici contenuti nella *lex* speciale (11), e qui la impossibilità era assoluta. Ciò per altro che non fu fatto dai comizi e non poteva farsi dalle questioni, accadde nei giudizi dell' imperatore, del Senato e degli ufficiali che a poco a poco occuparono il posto di queste ultime (12). Una investigazione e punizione comune di più malefici concorrenti era oggimai possibile, e formava anzi la regola, sebbene per la natura del processo accusatorio poteva anche darsi che il malfattore fosse accusato separatamente e ne nascessero più processi, sia che si trattasse di delitti (13) o di crimini (14). Nondimeno la cumulazione processuale, quando pure si verificava, non influiva punto sulla decisione materiale dei reati concorrenti. Anzi la regola era questa: *quot delicta tot poenae;* regola che valeva generalmente tanto per il concorso ideale quanto per il reale, e pel diritto punitivo publico del pari che pel privato (15).

Dall' altro canto poteva darsi che una cumulazione delle pene incorse per reati publici non fosse punto eseguibile: in questa ipotesi era pur necessario un temperamento, e si addottò questo, di aggravare la pena maggiore (16). Pei delitti privati valeva generalmente il principio: ***nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur*: *neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam*** (17).

(10) Quinct. Inst. III. 10. 1.

(11) Quinct. l. c., Declam. 319. 326; Cic. de invent. II. 19. ad Quint. fratr. II 3 seg. III. 2 seg.; Ascon. in Cic. pro Mil. p. 39 seg. ed Orell.

(12) Quinct Inst. l. c.; Tac. Ann. II. 50. III. 22. 38. 67. IV. 21. 52 et passim; Plin. epist. VII. 6. 8; L. 9 C. de accus. 9. 2.

(13) L. 2 pr. § 1 D. de priv. del. 47. 1.

(14) L. 7 § 5 D. de accus. 48. 2; L. 9 C. de accus. 9. 2.

(15) L. 2 pr. § 1-5. D. de priv. del. 47. 1; L. 7 § 5 D. de accus. 48. 2; L. 9 C. eod. 9. 2; cf. L. 11 § 2 D. de serv. corr. 9. 3; L. 32 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 14 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5; L. 1. § 9. L. 18 § 2. L. 41 D. de Injur. 47 10; L. 46 § 9. L. 56 pr. D. de furt. 47. 2; L. 20 C. eod. 6. 2; L. 5 D. de extr. crim. 47. 11.

(16) L. 6 C. ad leg. Iul. de vi 9. 12; L. 5 D. de quaest. 48. 18; L. 28 § 10. D. de poen. 48. 19; L. un. pr. C. de rapt. virg. 9. 13.

(17) L. 2 pr. § 1 D. de priv. del. 47. 1.

Dai principii che valevano per la punizione di più malefici concorrenti voglionsi esattamente distinguere le disposizioni sulla concorrenza di più azioni in un medesimo reato. Può darsi cioè che un atto delittuoso contenga solamente il corpo di un maleficio, ma questo cada sotto la sanzione di più leggi: in tale ipotesi certo è, che ove si tratti di pene publiche le varie azioni penali non possono concorrere se non elettivamente (18). Invece la cosa era più difficile nelle azioni che tendevano a conseguire una pena privata; ed era più difficile per la loro natura anfibia. Supponiamo che concorrano più azioni ad una pena privata: la conseguenza avrebbe voluto che un' azione escludesse l' altra dal momento che non v' era che un solo delitto, e il Rein crede veramente, ma a torto, di ravvisare cotesto principio nelle leggi romane (19). Invece fu ritenuto di ammettere più azioni, ma in guisa che con tutte queste azioni sommate assieme non si potesse ottenere più di quello si avrebbe ottenuto sperimentando l'azione che importava la maggiore quantità di pena (20). Ciò valeva tanto se concorrevano delle azioni meramente penali, quanto se queste concorrevano con azioni miste; e in verità, come osserva il Köstlin, ella era questa la via più giusta per accordare il principio della assoluta giustizia, quale dominava nel diritto punitivo publico, coll' interesse della soddisfazione all'offeso che prevaleva nel diritto punitivo privato. Invece se concorrevano delle azioni penali publiche con delle azioni private, tanto è certo, che le pene dei *crimina ordinaria* potevano venir cumulate colle pene private, purchè si trattasse in queste di una lesione del patrimonio, *de re familiari* (21); ma quando invece

(18) L. 14 D. de accus. 48. 2; Svet. tit. 8.

(19) L. 53 pr. D. de O. et A. 44. 7; L. 43 § 1. D. de R. I. 50. 17; L. 6 § 4 D. naut. caup. 4. 9; L. 4 § 3 D. de nox. act. 9. 4; L. 9 D. de arb. furt. caes. 47. 7.

(20) L. 41 § 1 D. de O. et A. 44. 7; L. 34 pr. eod.; L. 1 D. vi bon. rapt. 47. 8; L. 88 D. de furt. 47. 2; L. 1. 11 D. de arb. furt. caes. 47. 7; L. 47. D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 32 D. de O. et A. 44. 7; L. 60 D. eod.; L. 130 D. de R. I. 50. 17.

(21) L. 4 D. de publ. judic. 48. 1; L. 7. § 1 D. de inj. 47. 10; L. un. C. quando civ. act. 9. 31; L. 3 D. de priv. del. 47. 1. — L. 23 § 9 D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 1 § 2. D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 3

concernevano ad altre cose la concorrenza non era che elettiva (22). Trattandosi di un *crimen extraordinarium*, la questione è molto controversa; e mentre v'hanno più leggi le quali paiono appoggiare la concorrenza cumulativa (23), altre invece sembrano elevare a regola la concorrenza alternativa (24). Giusta il medesimo principio anche una azione penale privata poteva naturalmente venir cumulata con delle azioni di mero risarcimento (25).

III. La regola accennata più sopra, che la legge vincoli assolutamente la potestà giudiziaria, in modo che non può nè restringerla nè allargarla, trova un'altra applicazione nel commutamento della pena. Può darsi che la pena prescritta sia impossibile ad eseguirsi, e i motivi di cotesta impossibilità possono essere sì fisici che giuridici. Dovrà per questo la legge rimanere ineseguita? No certo: il giudice che non può eseguirla in un modo deve eseguirla in un altro, che è a dire sostituire un'altra pena a quella che non può essere applicata, diversa da essa quanto alla specie, ma uguale nel grado.

Io dissi che i motivi che fanno luogo a questo commutamento possono essere sì fisici che giuridici. Può darsi che il colpevole più non posseda il danaro, l'ufficio, la estimazione civile ecc., insomma quel bene che la pena determinata dalla legge deve torgli (26), oppure che delle ragioni locali ne rendano impossibile la esecuzione (27). L'uno e l'altro sono motivi fisici per cui riesce impossibile l'applicazione della pena legale. Ma la im-

C. de leg. Aq. 3. 35; L. 7 § 1 D. de inj. 47. 10. — L. 2 § 1 D. vi bon rapt. 47. 8; L. 3 § 2. D. ad leg. Iul. vi publ. 48. 6; L. 7 C. eod. 9. 12. — L. 25 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 9 § 2 de dolo 4. 3. — L. 7 § 1 D. de inj. 47. 10; L. 2 § 4 D. de coll. 37. 6.

(22) L. un. C. quando civ. act. 9. 31; L. 7 § 1 D. de inj. 47. 10.

(23) L. 9. § 5. L. 1 § 2. L. 12 pr. D. de public. 39. 4; L. 5 D. de extr. crim. 47. 11; cf. L. 9-11 D. de sep. viol. 47. 12; L. 1 D. de concuss. 47. 13; L. 3 C. de cond. ob turp. caus. 4. 7 ec.

(24) L. 56 § 1 D. de furt. 47. 2.

(25) L. 7 § 1 D. de cond. furt. 13. 1; L. 5 § 2 D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 29 pr. D. depos. 16. 3; L. 5. § 8 D. commod. 13. 6; L. 22 § 7 D. mand. 17. 1; L. 45 D. pro socio 17. 2; L. 54. § 3 D. de furt. 47. 2.

(26) L. 1 § 3 D. de poen. 48. 19; L. 35 D. de inj. 47. 10; L. 6 C. de sep. viol. 9. 19; L. 4 C. de serv. fug. 6. 1.

(27) § 6 I. de publ. judic. 4. 18.

possibilità può derivare anche da motivi giuridici; e sarebbe il caso quando per la natura individuale del colpevole la pena legale verrebbe a tramutarsi in altra specie maggiore di pena, e contenere una durezza barbarica che non può essere stata nelle intenzioni del legislatore. Nel caso del concorso di più pene havvi pure una impossibilità giuridica, ma l' applicazione può essere impossibile qui anche per ragioni fisiche. Invece la posizione sociale più elevata dell' individuo non dovrebbe costituire mai una ragione d' impossibilità, perchè l' onta deve attaccarsi al delitto e non allo stato. Una differenza di trattamento sancita pei grandi e pei piccoli suggerirebbe al popolo la falsa ed immorale idea che l' onta sia più presto collegata colla natura della pena che non con quella del delitto. Nondimeno il diritto romano accordò appunto agli ordini superiori il privilegio di una punizione più mite (28).

Verificandosi uno di questi motivi la pena ineseguibile vuol essere tosto commutata in altra specie di pena, ma del medesimo grado; e trovo ricordato espressamente come fosse lecito al giudice in più casi di pronunciare una pena corporale contro il colpevole in luogo della pena pecuniaria, allorquando questi era troppo povero per pagarla (29). Ad ogni modo la scelta della pena, segnatamente una delle varie specie di morte, non poteva essere abbandonata al reo; e solo all' imperatore spettava il diritto di lasciargliene la scelta (30). Ancora, dopo pronunciata la sentenza, soltanto l' imperatore aveva facoltà di commutare la pena (31), il giudice no (32).

---

(28) L. 12 § 1 D. de incend. 47. 9; L. 11 D. de sep. viol. 47. 12; L. 1 § 3 D. de abig. 47. 14; L. 1 § 5. L. 3 § 5. L. 16 D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 1 § 13. D. ad leg. Corn. de fals. 48 10; L. 9. § 11-15. L. 10 pr. L. 15. L. 28 § 2 L. 38 § 7-9 D. de poen. 48. 19.

(29) L. 9 D. de incend. 47. 9; L. 6 C. de sep. viol. 9. 19; L. 35 D. de inj. 47. 10; L. 1 § 3 D. de poen. 48. 19; L. 7 pr. § 3 D. de jurisdict. 2. 1; L. 25 D. de in jus voc 2. 4; L. 4 C. de serv. fugit. 6. 1; L. 12. § 8 D. de aedif. priv. 8. 10; L. 4 C. Th. de lib. caus. 4. 8.

(30) L. 8 § 1 D. de poen. 48. 19; Tac. An. XI. 3. XVI. 33; Svet. Nero 37. Dom. 8. 11.

(31) L. 42. 45 § 1. L. 55 D. de re judic. 42. 1; L. 1. § 27 D. de quaest. 48. 18; L. 2 C. de sent. ex peric. 7. 44; L. 15 C. de poen 9. 47; L. 65 C. Th. de haer. 16. 5. — Tac. Ann. VI 3.

(32) Sen. controv. III. 23. VII. 8; Quinct. declam. 372.

IV. Veniamo ad un' ultima applicazione della regola in discorso. Può darsi che il delinquente prima ancora della condanna abbia per parte dello Stato e senza sua colpa patito un male relativo al suo delitto, o perchè fu arrestato indebitamente, o perchè ne fu prolungato l' arresto: in questa ipotesi correrà obbligo al giudice di detrarne il valore dalla pena da irrogarsi; e lo stesso diritto romano, tanto rigoroso, ha nondimeno riconosciuta la giustizia di questo principio, dicendo che *aliquatenus poena eius erit sublevanda* (33).

---

bb. *Il criterio del giudice e le sue limitazioni legali.*

Rosshirt, Entwickel. der Grunds. p. 93 seg. **Bosch-Kemper,** de indole jur. crim. ap. Rom. p. 219 seg. **Birnbaum,** üb. die richterliche Willkür bei absolut-unbestimmten Strafgesetzen (A. des C. R. XIII. p. 540-609). **Platner,** quaest. de jure crim. Rom. p. 175-189. **Rein,** C. R. der Römer p. 239 seg. **Köstlin,** System p. 582 seg.
Matthaeus, de crim. 48. 18. 5 p. 813-824. **Heisler,** de justis poenas mitigandis causis in crim. Ala 1752. **Hoffmann,** de poena ordinaria nonnunquam mitiganda Lips. 1762. **Drackestein,** de causa poenam mitig. Traiect. 1822. **Gross,** de notione poenar. forens. Erlang. 1798 e nei Coll. di Martin I. 393-421. **Ziegler,** die Theorie der Strafschärfung Elmst. 1806. **Welcker,** die letzten Gründe p. 559-569. **Rosshirt,** Entwickel. p. 44-85 **Birnbaum,** nell'Arch. des C. R. XIII. p. 553. 570. **Wächter,** Lehrb. p. 217-231. **Heffter,** Lehrb. p. 117 seg. **Abegg,** Lehrb. p. 228 seg. **Mittermaier,** nelle aggiunte a Feuerbach p. 126 seg. 165. **Rein,** C. R. der Römer p. 235 seg. **Köstlin,** System p. 587 seg.

Dissi più sopra che l'amministrazione della giustizia punitiva deve ispirarsi alla legge come a sua norma assoluta; ma dall'altro canto il giudice non è, non dev' essere una macchina: egli deve muoversi bensì entro la cerchia della legge ma con discernimento, e cercare di renderne vivo lo spirito, perchè la legge penale per la sua stessa natura non può stabilire che le norme generali, e non può essere determinata assolutamente, ma solo relativamente.

Volendo considerare qual fosse in Roma la posizione del giudice di fronte alle leggi, convien distinguere i tempi e i giudizi.

Durante la Republica la posizione del giudizio popolare era tanto libera, quanto quella del giudice nelle questioni perpetue

---

(33) L. 25 D. de poen. 49. 19, L. 23 C. eod. 9. 47.

era vincolata (1). Invece sotto gl'imperatori la posizione dei nuovi giudici nella prima metà dell'epoca fu molto libera, ed anzi confinante al più pericoloso arbitrio (2); poi cotesta libertà fu nuovamente assoggettata a considerevoli limitazioni (3). Nondimeno restò sempre un margine abbastanza largo, quando la legge penale era determinata solo relativamente; mentre trattandosi di leggi determinate, la libertà del giudice fu almeno regolata.

Supponiamo che la legge sia affatto indeterminata, ovverosia che non somministri al giudice neppure una lontana indicazione sulla pena onde vuol essere punito un maleficio. Egli in questo caso dovrà attenersi ai principii generali della giustizia e irrogare la pena parte secondo la pratica forense (4), parte secondo lo spirito e l'analogia di altre leggi determinate (5). Del resto è controverso se il giudice potesse infliggere solamente delle pene pecuniarie, o anche altre e persino la pena di morte. Egli è probabile che i Romani non stabilissero nulla in proposito, perchè non si poteva verificare che di rado, e forse non si verificò mai, che un giudice avesse a conoscere di un delitto degno di morte che non fosse contemplato che da una legge affatto indeterminata. Se pure un caso di tal fatta si fosse verificato, conveniva badare alla qualità del giudice e alle sue generali attribuzioni se gli accordassero o no codesto diritto.

Supponiamo che la legge sia determinata bensì ma solo relativamente, ovvero che stabilisca una pena come massimo, o anche annoveri più pene l'una accanto dell'altra. In questa ipotesi era naturalmente lecito al giudice di determinare la pena entro la misura legale, o scegliere una delle pene prescritte (6).

---

(1) Cic. in Verr. I. 47. de invent. II. 19.

(2) Paul. R. S. I. 5. 2. V. 23, 1. 24, 1; Coll. I, 2. VIII. 4. XI. 8. 4; L. 28 § 15. D. de. poen. 48. 19; L. 21 D. ad leg. Corn. de fals. 48. 10; L. 3. § 5. D. ad leg. Corn. de sic. 48. 8; L. 3. 6 pr. D. ad leg. Iul. pec. 48. 13.

(3) L. 8 § 2. C. ad leg. Iul. de vi 9. 12; pr. I. de off. judic. 4. 17; Nov. Majoran. 9; Savigny Syst. I. 119-121. 157-161.

(4) L. 38 D. de legib. 1. 3; cf. L. 23 D. eod.

(5) Quinct. VII. 8, 7. decl. 331; Sen. controv. IV. 27; Cic. pro Caec. 21; L. 10. 11. 12. 13. 23. 27. 32 pr. D. de leg. 1. 3.

(6) L. 3 § 2 D. stell. 47. 20; L. 1 § 1 D. de effract. 47. 18.

Se aveva dinanzi a se un' antica legge republicana, la cui pena legale colla introduzione della *cognitio extraordinaria* fosse stata direttamente abrogata da una costituzione imperiale o da un senatoconsulto, o fosse andata in dessuetudine, egli nel primo caso si atteneva alla nuova disposizione, mentre nel secondo la pena fissata dalla *Lex* gli dava almeno una misura con cui dirigersi. Effettivamente troviamo nella maggior parte dei malefici vecchi e nuovi una pena più grave o più leggera dipendente dall'arbitrio del giudice, p. es. nel peculato e sacrilegio (7), nel plagio (8), nella concussione (9), in alcune specie di violenza (10), nella calunnia (11), nella ingiuria (12), nella rimozione di confini (13) ecc.

D'altronde per impedire che il giudice abusasse di questa sua libertà, era prescritto il modo ch' egli doveva tenere nell'applicazione delle leggi penali quando erano affatto o in parte indeterminate. Le pene andavano estimate diligentemente *ex personarum conditione et rerum qualitate,* avuto riguardo al momento subbiettivo del reato del pari che all'obbiettivo, *ne quid aut durius aut remissius constituatur quam causa postulabit*, senza affettare nè severità nè clemenza, pur inclinando l'animo alla mitezza nelle cause più lievi, e raddolcendo la severità della legge con qualche temperamento di benignità nelle pene più gravi (14).

Supponiamo da ultimo che la legge penale sia assolutamente determinata. Già dissi che la libertà del giudice non era tolta neppure in questo caso; e nol poteva essere. Vi hanno delle circostanze, e precisamente si obbiettive che subiettive, che fanno crescere e diminuire in modo straordinario la punibilità di un individuo. Infatti in riguardo obbiettivo essa si regola principal-

---

(7) L. 6 pr. § 2. D. ad leg. Iul. pecul. 48. 13.

(8) L. 7 D. ad leg. Fab. 48. 15.

(9) L. 7 § 3 D. ad leg. Iul. repet. 48. 11.

(10) L. 1 § 2 D. ad leg. Iul. vi priv. 48. 7.

(11) L. 3 D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(12) L. 45 D. de injur. 47. 10.

(13) L. 1. 2. 3. D. term. mot. 47. 21.

(14) L. 11 pr. D. de poen. 48. 19; L. 4 § 1 D. de incend. 47. 9; L. 6 § 2 pr. D. ad leg. jul. pecul. 48. 13; L. 13 pr. D. de off. praes. 1. 18; L. 11 § 12 D. ad leg. jul. adult. 48. 5.

mente secondo il valore del diritto offeso e la estensione dell'offesa e la esistenza di certi rapporti sociali tra il malfattore e la vittima; in riguardo subiettivo, secondo il grado in cui la obbiettività del reato è penetrata nella coscienza e volontà del colpevole, massime secondo il numero e la importanza degli ostacoli naturali e morali ch'egli ebbe a superare. Tutte queste circostanze vogliono essere calcolate: ma dall'altro lato il concetto della legge esige che per la pena dei delitti determinati ci sieno anche dei limiti determinati secondo la ordinaria misura delle cose. La legislazione adunque dovrà stabilire esattamente se e sotto quali condizioni quei motivi possano avere l'effetto di aumentare o diminuire la punibilità di un delitto concreto anche oltre i limiti di una legge penale relativamente determinata.

Il giudice poteva aggravare la pena: ma cotale facoltà era limitata ai seguenti casi. Prima di tutto alla recidiva, e a ragione. La esecuzione della pena estingue bensì la colpa del singolo reato, ma non può fare che il reato non sia stato commesso: ecco perchè in caso di recidiva si può ancora aver riguardo ad esso. Il diritto romano però non la contemplava che in alcuni reati, p. e. nei tumulti publici, nella diserzione, nella ricettazione di un servo fuggiasco, nelle ingratutidini dei liberti verso i loro patroni ecc. (15). Oltrecciò era accordato quel diritto al giudice se erano state offese delle persone a cui si doveva pietà e rispetto (16); se trattavasi di una ingiuria atroce (17), e se il delitto in discorso dominava troppo in un luogo (18).

Dall'altro canto il giudice poteva mitigare la pena, ma anche questo diritto di mitigazione era limitato dalla legge a certe circostanze e delitti. Precisamente era una circostanza mitigante l'età; perchè i minori che avessero commesso un delitto colposo andavano puniti più mitemente (19), come quelli la cui im-

---

(15) L. 28 § 3 D. de poen. 48. 19; L. 3 § 9 D. de re milit. 49. 16; L. 4 C. de serv. fugit. 6. 1; L. 1 D. de jure patron. 37. 14.

(16) Tit. D. ad leg. Pomp. de parric. 48. 9; L. 28 § 8 L. 16 § 3 D. de poen. 48. 19.

(17) § 9 I. de inj. 4. 4; L 7 § 7. 8 D. de injur. 47. 10.

(18) L. 16. § 10 D. de poen. 48. 19.

(19) L. 9 § 2. 3. 5. L. 37 § 1 D. de minor. 4. 4; L. 1 C. si adv. del. 2. 35.

putabilità non era perfetta. Per lo stesso motivo l'affetto violento (20) e l'ubbriacchezza (21) se non escludevano l'imputabilità, erano però considerate come circostanze mitiganti. Anche i favoreggiatori dei delitti erano, come dicemmo, puniti più mitemente in alcuni casi, se legati col malfattore dal vincolo della parentela (22).

---

cc. *La grazia del principe.*

Matthaeus, de crim. 48. 19. 5 p. 841-852. **Antonius,** de exsilio Anversa 1659 III. c. 4. 5. **Seger,** de abolitione vet. et hod. Lips. 1778. **Hermann,** de abolit. criminum Lips. 1834. **Marezoll,** üb. die bürgerliche Ehre p. 78-83. **Geib,** röm. Criminalprocess p. 572-576, 585 seg. 672 seg. **Rein,** C. R. der Römer p. 264 seg. **Köstlin,** System p. 632 seg.

Il carattere finito della potestà legislativa ed esecutiva ne suppone necessariamente una terza che si faccia mediatrice fra quelle due, sia per togliere la pena della legge non corrispondente alla specialità del caso, o sia per mitigarla quando occorrano dei motivi a cui non basta il diritto di commutazione che spetta al giudice. Questo atto, la grazia, come osserva il Köstlin, appare effettivamente come una vera mediazione della potestà legislativa e della esecutiva, perocchè da un lato, decidendo un singolo caso, opera esecutivamente; mentre dall'altro, togliendo o mutando la legge per adattarla alle esigenze della giustizia, esercita un'attività legislatoria: appunto per ciò la potestà centrale dello Stato è la sola a cui ne appartenga il diritto.

Precisamente essa può manifestarsi in più modi: o prima della sentenza, mediante l'abolizione del processo o il condono del reato; o dopo la sentenza, col condono totale o parziale della pena già pronunciata; o anche dopo la parziale esecu-

---

(20) L. 1 § 3 D. ad leg. Iul. de sic. 48. 8; L. 1 § 5 D. eod.; L. 38 § 8 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5; L. 4 C. eod. 9. 9; L. 3 § 3. D. de S. C. silan. 29. 5; cf. L. 48 D. de R. I. 50. 17.

(21) L. 6 § 7. D. de re mil. 49. 16; L. 12 pr. D. de cust. reor. 48. 3; L. 1 C. si quis imperat. 9. 7; Quinct. V. 10, 34.

(22) L. 2 D. de recept. 47. 16; L. 4 § 15 D. de re mil. 49. 16.

zione della pena, col condono del resto di essa o dei danni che vi sono congiunti. Distinguiamo adunque l'*abolitio*, l'*intercessio*, l'*aggratiatio*, e la *restitutio ex capite gratiae.*

I. L'*abolitio* non era che un istituto processuale. Esso aveva soltanto l'effetto di togliere il processo, ma non anche il reato: questo rimaneva intatto; ed era dunque possibile una nuova accusa a motivo del medesimo maleficio. Nondimeno se dopo trascorso il termine, l'accusa non veniva rinnovata entro trenta giorni, il diritto era prescritto (1). V'erano poi varie specie di abolizione.

1. L'*abolitio publica* o *generalis*, la più antica di tutte, deriva ancora dall'epoca republicana. Era uso cioè che all'occasione di publiche supplicazioni e lettisternj i prigionieri fossero lasciati liberi (2): ma d'altronde siccome il numero di queste feste andò aumentandosi, l'abolizione fu allora accordata con una parsimonia sempre maggiore; poi cessò affatto. Ma cessò per rivivere sotto gl'imperatori. Anzi nell'epoca imperiale fu accordata con singolare profusione ad ogni fausto avvenimento, *ob diem insignem* (3), e quella di Pasqua diventò un po' alla volta sì regolare da non abbisognare di alcuna speciale dichiarazione (4). Nondimeno, se questa abolizione generale abbracciò dapprima tutti i reati, a poco a poco vennero introdotte delle eccezioni, massimamente in danno degli schiavi e dei calunniatori (5): infine, l'abolizione pasquale non fu applicata che ai reati minori; perchè tutti i malefici più gravi, come l'adulterio, l'incesto, il sacrilegio, l'omicidio, il crimenlese ecc. ne vennero eccettuati (6). La conseguenza poi era questa, che i nomi degli accusati erano cancellati dalle liste, e liberati quelli che

(1) L. 3 § 4. D. de accus. 48. 2; L. 10 § 2 L. 15 § 6 D. ad Si C. Turp. 48. 16; L. 1. 2 C. de gen. abol. 9. 43.

(2) Liv. 5, 13.

(3) L. 8. 9. 12 D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(4) L. 3. 4. 6. 7. 8. C. Th. de indulg. 9. 38; L. 3. C. de episc. aud. 1. 4.

(5) L. 9. C. de calumn. 9. 46; L. 3 C. Th. de abol. 9. 37; L. 2. D. cust. reor. 48. 3; L. 16. D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(6) L. 3. 4. 6. 7. 8 C. Th. de indulg. 9. 38; L. 3 C. de episc. aud. 1. 4.

si trovavano in arresto (7): nondimeno, passate le ferie, l'accusa, come dicemmo, poteva venir rinnovata, e sì dai primi accusatori e sì da altre persone (8) entro il termine di trenta giorni. Soltanto dopo trascorso questo termine, l'accusa era prescritta (9).

2. L'*abolitio ex lege* fu introdotta dapprima dalla *Lex Iulia de vi* e dalla *Lex Iulia de adulteriis* ed estesa poi da un Senatoconsulto. Essa si accordava o per la morte dell'accusatore, o quando per un giusto impedimento verificatosi nella persona di lui non si avrebbe potuto ammetterne l'accusa (10), o questa per altra cagione dovea rigettarsi (11). In tutti questi casi il nome dell'accusato poteva venir cancellato dalle liste in seguito a una formale abolizione; ma l'accusa poteva venir rinnovata anche qui entro il termine di trenta giorni, sebbene solamente da un'altra persona (12).

3. Finalmente c'era un'abolizione che dicevasi privata, e occorreva allorquando il nome dell'accusato veniva cancellato dalla lista dietro domanda dell'accusatore e in suo vantaggio per liberarsi dalle conseguenze dannose in cui sarebbe incorso se il giudice ne avesse trovata l'accusa priva di fondamento. Ma non poteva egli recedere senz'altro da essa? Certo che sì secondo l'antico diritto, ma non anche dopo le legge Petronia che, recedendo, lo voleva punito di tergiversazione (13). Appunto per sottrarsi a cotesta punizione, egli doveva chiedere l'abolizione del processo, adducendo a sua scusa un errore, la temerità, il calore o che so io (14); ed era lecito soltanto a un terzo, non anche a lui, di rinnovare l'accusa (15). Questa abolizione po-

(7) Chrisost. homil. in Psalm. 2; Ambros. epist. 33.

(8) L. 7 pr. D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 11 § 2 D. accus. et inscr. 48. 2.

(9) L. 10 § 2 L. 15. § 6. D. ad S. C. Turp. 48. 16; Paul. V. 2. 1; L. 1. 2 C. de gen. abol. 9. 43.

(10) L. 3 § 4 D. de accus. 48. 2; L. 10 pr. D. ad S. C. Turp. 48. 16.

(11) L. 3 § 1 D. de accus. 48. 2; L. 35 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(12) L. 3 § 4 D. de accus. 48. 2.

(13) L. 1 § 7. 8. 10 D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 39 § 6 D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.

(14) L. 2. C. de abol. 9. 42; L. 15 pr. D. de jure fisci 49. 14.

(15 L. 1 C. de abol. 9. 42; L. 4 § 1 D. ad S. C Turp. 48. 16;

teva essere accordata dal magistrato, oltrecchè dall'imperatore (16).

II. Diversa dall'abolizione, che toglieva di mezzo il processo ma non anche il reato, era la grazia sovrana propriamente detta, che poteva verificarsi o col condono del reato e perciò dell'azione penale, o col condono della pena, dopo pronunciata la sentenza.

1. L'intercessione dell'epoca republicana non poteva certo riguardarsi come un atto di grazia, non durando che l'anno della magistratura; ma il suo effetto era tutt'al più di aggiornare la condanna. Invece un vero atto di grazia era la intercessione dell'imperatore, che durava sempre. Per dirla in altri termini, quando l'imperatore ordinava che non si procedesse o si continuasse e compiesse il processo, e ne abbiamo degli esempi massime nelle accuse di maestà (17), non solo questo, ma il reato medesimo ne veniva abolito, e la legge penale non era più applicabile contro il malfattore. Del resto l'intercessione non aveva forza di distruggere le pretese civili (18).

2. L'imperatore però aveva anche il diritto di condonare la pena, e impedire che ne cominciasse la effettiva esecuzione, o mitigarla; e anche di ciò abbiamo più esempi (19). Questo atto che si compieva prima del cominciamento della pena, è detto più specialmente *decreti gratia:* ma poteva anche darsi che la grazia fosse usata dall'imperatore dopo cominciata la pena, e

---

L. 3 C. eod. 9. 45; L. 6 C. de his qui accus. 9 1; L. 16 C. ad leg. Iul. de adult. 9. 9.

(16) L. 1 § 8. 10. L. 13 § 1 D. ad S. C. Turp. 48. 16; L. 1. 2 C. de abol. 9. 42; L. 16 C. ad leg. Iul. de adult. 9. 9.

(17) Svet. Octav. 32. 51. Cal. 15. Tit. 9; Dio Cass. 59, 6; 60, 4; 66, 9; Tac. Ann. 2, 50; 3, 70; 4, 29; 14, 40; Cap. Ant. Pius 7; Cap. Alex. Serv. 48; Vop. Aurel. 39; Sen. de clem. 1, 9; Procop. 29; Zonar. 10, 35; L. 4 § 1 D. ad leg. Iul. mai. 48. 4; L. 14 § 2 D. de exhib. et cust. 48. 3; L. 7 C. de prec. imp. 1. 19; § 6 I. de jure nat. 1. 2.

(18) L. 9 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.

(19) Tac. Ann. 4, 31; 14, 40; Plin. ep. 10, 40. 41. 64. 65, Sen de ira 2, 33. de clem. 2, 5; L. 1. § 27. D. de quaest. 48. 18; L. 3. 4 C. de his qui sibi 9. 23. — Tac. Ann. 3, 17. 18; Dio Cass. 69, 23; Cap. Ant. Phil. 24; L. 27 D. de poen. 48. 19.

questa è analoga alla *in integrum restitutio* dell'epoca repu-blicana, e ne porta il nome (20).

La misura dei diritti che spettavano ai graziati ed ai resti-tuiti dipendeva naturalmente dalla grazia imperiale. Di regola, se la grazia o restituzione era speciale, ovverosia concerneva un singolo individuo, essa era piena. Ripristinava cioè tutti i diritti politici e civili, segnatamente anche i diritti di fami-glia (21) e di patronato (22), la testamentifazione (23), il di-ritto agli onori ecc. (24). Soltanto alla restituzione dei beni ne-cessitava uno speciale beneficio (25). Nondimeno v'aveano certi malefici pei quali la restituzione doveva essere generalmente esclusa (26), ed altri in cui lo era almeno la *restitutio fa-mae* (27). Quando l'indulgenza era generale, cioè accordata per una intera serie di reati o per tutti, cessava bensì la pena, ma l'infamia della pena subita continuava (28).

---

(20) Svet. Cal. 15. Claud. 12. Oth. 2. Vitell. 8; Tac. Ann. 12, 8; 13, 11; 14, 12. Hist. 1, 90; 2, 92; Plut. Oth. 1; Dio Cass. 60, 4; 76, 5; Plin. ep. 4, 9; Cap. Ant. Pius 6; Vulc. Cass. 8; Pert. 6; Spart. Carac. 3; Herod. 7, 6; Procop. 27; Zon. 11, 14. 20; Sozem. 1, 8; Eus. h. e. 10, 5; L. 1 C. de sent. pass. 9. 51; L. 27 pr. D. de poen. 48. 19.

(21) L. 1 § 8. 9 D. de bonis p. contra t. 37. 4; L. 13. C. de sent. pass. 9. 51; L. 4 D. eod. 48. 23; Paul. 4, 8. 24.

(22) L. 1 D. de sent. pass. 48. 23; L. 10. § 6 D. de in jus. voc. 2. 4; L. 3 § 7 D. de bon. libert. 38. 2; L. 21 D. de jur. patr. 37. 14; Tac. Hist. 2. 90.

(23) L. 6 § 12 D. de injust. test. 28. 3; L. 1 § 5 D. de legat. 32. 1.

(24) L. 3 § 2 D. de mun. et hon. 50. 4; L. 1. 11. 13. C. de sent. pass. 9. 51.

(25) L. 2. 3 D. de sent. pass. 48. 23; L. 2. 3 C. eod. 9. 51; L. 4 C. de bon. proscr. 9. 49.

(26) L. 14 § 3 C. de sacros eccl. 1. 2; L. 14 C. de episc. 1. 3; L. un. C. de Nili agg. 9. 38; L. un. C. Th. eod. 9. 32; Nov. 7, 7.

(27) L. 33 C. de decur. 10 31; L. 85 C. Th. eod. 12. 1; L. 15 C. de appell. 7. 62.

(28) Plin. ep. 9, 13; L. 7 C. de sent. pass. 9. 51; L. 5 C. Th. in-dulg. 9. 38; L. 3 C. de general. abol. 9. 43.

CAPO TERZO.

Cause per le quali le obbligazioni si estinguono.

Donelli, comment. XVI. **Brissonii**, de solutionib. et liberationib. libri tres nelle oper. iur. Nor. 1756. II. p. 417 seg.

I. Sguardo generale.

Alcuni passi delle nostre fonti potrebbero venir interpretati in guisa da stabilire il principio, che una obbligazione non possa estinguersi se non nel modo con cui venne contratta. E certamente l'antico gius romano esigeva che la obbligazione del *nexum* non potesse estinguersi pel semplice fatto del pagamento; ma ci volesse una solenne testimonianza di questo pagamento rivestita delle forme stesse del *nexum*. Per simile una obbligazione contratta *literis* poteva estinguersi colla scrittura fatta in senso contrario, *contraria perscriptione*; come le obbligazioni verbali potevano estinguersi *verbis;* le obbligazioni reali colla *res*, cioè coll' adempimento; e le obbligazioni consensuali col solo consenso contrario. Nè cotesta idea venne meno interamente nella teoria. Infatti leggo in Ulpiano: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est* (1), e in Gaio: *omnia quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt* (2), e in Paolo: *fere quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur* (3). Io son d'avviso peraltro che questo

(1) L. 35 D. de R. I. 50. 17.
(2) L. 100 D. eod.
(3) L. 143 D. eod.

principio voglia essere inteso con discrezione. Certo è innanzi tutto, che non può trovare applicazione a tutti i rapporti obbligatori, cioè a quelli che non derivano da contratto; e quanto ai contratti, è pur certo, che non havvi una necessità giuridica per cui la forma di estinzione debba corrispondere alla forma di erezione, e stare con essa nel rapporto del *contrarius actus*. Insomma parmi che quella regola non possa significare altra cosa fuor questa, che ad estinguere la obbligazione non sia necessario più di quanto occorre per la sua origine. È un giuoco di parole e nulla più.

Più importante è un'altra divisione che noi pure metteremo a base della nostra trattazione. I Romani distinguevano i modi di estinzione che operavano *ipso jure* da quelli che operavano solamente *ope exceptionis*. La qual distinzione deve forse la sua origine al sistema della procedura formulare. I fatti che distruggevano l'obbligazione *per exceptionem* doveano essere inseriti nella formula in forma di eccezione, perchè il giudice potesse mandare assolto il debitore; mentre cotesta inserzione non era punto necessaria a quei fatti che estinguevano la obbligazione *ipso jure*. Sarebbe peraltro più che difficile il seguire passo passo tutte le fasi storiche di cotale distinzione. Certo è: il diritto civile ammise un po' alla volta come cause di estinzione alcuni fatti che in sulle prime non avevano avuto questo carattere: ma, ripeterò col Maynz, non troviamo punto in questa materia il rigore logico e la precisione a cui siamo avezzi nello svolgimento degli altri istituti, tra perchè i modi coi quali i diritti si estinguono non presentano generalmente quell'interesse che hanno i modi di acquisto, e perchè lo stesso sistema della procedura per formule si svolse in modo meno razionale delle altre grandi istituzioni del diritto privato, e sparve dalla vita giuridica prima di essere arrivato al suo compimento.

Del resto la distinzione stessa ha una grande importanza parte per il processo, e parte anche altrimenti per tutto il diritto delle obbligazioni.

Le cause che estinguevano la obbligazione *ipso jure*, ne estinguevano tanto l'elemento civile quanto eziandio l'elemento naturale; la estinguevano per ogni aspetto e in confronto di ogni persona che poteva avervi un interesse; e colla obbligazione

cessavano anche tutti i diritti accessori. La estinzione insomma si verificava nel modo il più completo; mentre invece le cause che operavano mediante eccezione erano ben lungi dal produrre tutti questi effetti. Talvolta cioè non affettavano che l'elemento civile della obbligazione, lasciandone intatto l'elemento naturale, e quindi rispettando anche i diritti accessori che per avventura vi fossero stati attaccati: oltrecciò poteva darsi che operassero solamente riguardo a certe persone interessate.

È anche osservabile che le prime distruggevano la obbligazione fin dal momento in cui si erano verificate; le seconde invece non annientavano immediatamente il diritto in discorso, ma fondavano soltanto un nuovo diritto contrario, facendo luogo a una collisione di diritti.

Quinci ne segue ad un tempo, che una obbligazione estinta *ipso jure* era e rimaneva estinta senza che alcun fatto posteriore la potesse far rivivere: le obbligazioni invece che si estinguevano *per exceptionem* potevano rinascere non tosto un fatto posteriore ponesse fine all'*jus exceptionis.*

Tra le cause che estinguevano la obbligazione *ipso jure* ricordiamo: il pagamento; il deposito e l'abbandono della cosa; l'accettilazione; il consenso contrario; la novazione; la impossibilità della prestazione; la confusione; il concorso di due cause lucrative; la cessazione dell' interesse per parte del creditore; la rinuncia e la morte di una delle parti.

Le cause che operavano *per exceptionem* erano: il patto di non chiedere; la compensazione; la esistenza di un *dies ad quem* o di una condizione risolutiva; alcuni fatti processuali, come la prescrizione estintiva dell'azione e la cosa giudicata; finalmente la estinzione della obbligazione accessoria in seguito all'estinzione della obbligazione principale.

II. Delle cause di estinzione che operano *ipso jure.*

1. Il pagamento.

Tit. D. e C. de solutionibus et liberationibus (46, 3 — 8, 43).
Gesterding, üb die Rückzahlung (Ausbeute III, 11, 3). **Müller,** wann wird der Schuldner durch Zahlung an den Gläubiger seines Gläubigers liberirt? (Arch. f. civ. Prax. XV. 12). **Funke,** üb d. Recht des Schuldners bei Zahlungen u. Abschlagszahlungen zu bestimmen worauf er sie gerechnet wossen wolle (Beitr. n. 4). **Buchholtz,** auf was für eine Schuld wird eine bezahlte Summe angerechnet? (Abh. n. 28). **Francke,** wann wird ein furtum begangen durch wissentl. Annahme nicht geschuldeter Gelder? (Beitr. n. 4). — **Gesterding,** v. Schlüssen die aus der Bezahlung v. Zinsen abgeleitet werden (Irrthümer n. 1). — **Linde,** üb. d. Beweis der Darleihung u. Bezahlung einer Geldschuld (Giess. Zeitschr. I. 10). **Vermehren,** üb. den durch Zurückgabe der Schuldurkunde angeblich begründete Rechtsvermuthung geschehener Zahlung (Ibid. XI. 7). **Gesterding,** üb die Rechtsvermuthung, die aus der drei Jahre nacheinander geleisteten Zahlung jährlichen Abgaben, z. B. Zinsen, entstehen soll, dass von früherer Zeit her dergleichen nicht rückständig seien (Arch. f. civ. Prax. IV. 3. Ausbeute III. 11. 8). Il medes. Kann der Schuldner eine Quittung fordern? (Arch. f. civ. Prax IV. 4. Ausbeute III, 11, 5). **Marezoll,** kennt das neuere R. R. noch eine Aufhebung der Oblig. durch Litterä (Giess. Zeitschr. I. 10). **Unterholzner,** üb. die exc. non num. pec. (Arch. f. civ. Prax. VII. 1). — **Vangerow,** § 582—590.

Il pagamento è la estinzione di una obbligazione mediante la esatta prestazione della cosa dovuta, fatta nel debito modo. Noi ne consideriamo le condizioni, gli effetti e la prova.

I. Il pagamento per essere valido ed efficace suppone alcune condizioni, le quali si riferiscono alla persona che lo fa e a quella che lo riceve, all' oggetto che si paga e al tempo e al luogo in cui si paga.

1. Esaminiamo dapprima quelle condizioni che riguardano le persone.

A. Chi deve pagare? Generalmente non è obbligato che il debitore; ma pagare può ognuno il quale sia capace di eseguire la prestazione che forma l'obbietto del pagamento, e paghi coll' intenzione di liberare il debitore, quand'anche il facesse a sua insaputa e persino contro la sua volontà (1). Del rimanente con cotesta questione non ne vuol essere confusa un'altra, ed è di sapere se questo terzo abbia un'azione contro di lui. Come *negotiorum gestor* ha certamente l'*actio negotiorum gestorum;* come mandatario ha l'*actio mandati contraria:* ma fuori di questi due

(1) § 3 I. quib. mod. toll. obl.; L. 20. 40. 53 D. h. t. 46. 3.

casi non ha nessuna azione contro di lui, se non si è fatta cedere l'azione dal creditore.

B. A chi si paga? Naturalmente il pagamento vuol esser fatto al solo creditore o ai suoi rappresentanti. Il pagamento fatto al creditore in persona suppone che questi sia capace di riceverlo, ovverosia che abbia la capacità di alienare: se ne fosse incapace s' dovrebbe farsi al suo rappresentante, cioè al tutore o curatore. Il pagamento fatto a persona che non è capace di riceverlo, non libera il debitore: ma naturalmente questi avrebbe una eccezione di dolo allorquando la somma pagata si trovasse ancora presso il creditore o fosse provato che questi s' è locupletato per la medesima (2). Soltanto in via di eccezione il pagamento può farsi anche ad altra persona diversa dal creditore, cioè:

a. Al mandatario di lui nel caso che fosse procuratore di tutti i beni o avesse un mandato speciale che lo abilitasse a riceverlo (3).

b. Al *solutionis causa adiectus*, cioè a colui il quale al momento in cui l'obbligazione fu contratta venne indicato al debitore come abile a ricevere il pagamento (4).

c. Finalmente anche al creditore del creditore, ma solo col consenso di quest'ultimo. Nella ipotesi contraria esso non estingueva l debito di pien diritto, ma soltanto *ope exceptionis*, secondo e regole della gestione di affari altrui e della compensazione (5).

2. Quant'è alle condizioni oggettive della *solutio*, esse possono ridursi a tre: il debitore deve pagare quello che forma veramente l'obbietto della obbligazione, deve pagarlo in una volta, e deve pagarlo per intero.

A. Innanzi tutto l'oggetto che si paga dev'essere precisamente quello dell'obbligazione; perchè il creditore non può essere costretto al accettarne un altro in sostituzione (6). Nondimeno vi sono due eccezioni a questa regola.

(2) § 2. 1 quib. alien. lic. 2. 8; L. 4. D. de exc. 44. 1; L. 15. L. 47 pr. D. h. t.

(3) L. 12 pr. § 4 L. 86. D. h. t.; L. 58 pr. D. eod.

(4) L. 12 § 1. 3. L. 106 D. h. t.; L. 22 pr. D. de cond. ind. 12. 6.

(5) L. 11 § 5. D. pign. act. 13. 7; L. 6 D. de doli mali exc. 44. 4.; L. 61 D. h.t.

(6) L. 2 § 1 in f. D. de R. C. 12. 1.

a. E prima s'intende che il debitore può sostituire a piacimento un'altro obbietto a quello dell'obbligazione ogni qualvolta v'abbia una *facultas alternativa* riconosciuta dalla legge (7).

b. Oltrecciò se la prestazione del vero obbietto è divenuta impossibile, ma la obbligazione ancora sussiste, è lecito al debitore di pagarne la estimazione (8).

c. Se il debito consiste in una somma di pecunia, il debitore che senza sua colpa non può in alcun modo procacciarsi il denaro, ha il diritto di offrire in pagamento al creditore i suoi oggetti più preziosi, e prima i mobili poi anche gl'immobili dietro estimazione giudiciaria. Si suppone però che il creditore insista per essere pagato. È osservabile che secondo l'opinione dei Sabiniani questa *datio in solutum*, come la chiamavano i Romani, distruggeva l'azione *ipso jure*, mentre nelle idee dei Proculeiani la toglieva soltanto *ope exceptionis* (9).

d. Trattandosi di una obbligazione *in faciendo*, convien distinguere i vari periodi. Ai tempi della classica giurisprudenza non si riguardava come obbietto della obbligazione il *facere* ma l'*id quod interest;* mentre secondo i principii del diritto giustinianeo convien dire che il suo oggetto consista sempre in un fare. Il creditore adunque non ha più l'obbligo di accetarne il valor pecuniario in pagamento. Il suo petito è diretto al *facere* al pari della condanna (10): ma naturalmente, perchè i fatti non si possono senza assurdità violentare, quinci ne segue che allorquando sia necessario ricorrere alla esecuzione questa non potrà farsi che giusta il valor precuniario del fato medesimo.

B. Abbiamo anche detto che il debitore deve pagae il suo debito in una volta, poichè non corre obbligo al crditore di ricevere il pagamento in parti ovvero in isconto (11) salvo il caso che una parte della obbligazione sia liquida e l'altra li-

(7) § 3 I. de act. 4. 6.

(8) L. 3 § 2. D. comm. 13. 6; L. 22 D. de R. C.; L. [illegible] D. de cond. tritic. 13. 3; L. 37 D. mand. 17. 1.

(9) Nov. 4. c. 3.

(10) L. 14 C. de sent. et interl. 7. 45; § 32 I. de act.; L. un. C. de fideic. libert. 7. 4.

(11) L. 13 § 8. D. de A. E. V. 19. 1; L. 41 § 1. D. de usur. 22. 1.

tigiosa (12). Del resto s'intende che quando uno è debitore per più cause, il pagamento di singole partite non può certo considerarsi come pagamento in parti.

C. Finalmente il debitore deve pagare il debito interamente perchè il creditore non è obbligato a rilasciargliene alcuna parte, ma può pretendere che gli venga pagato fino all'ultimo quattrino. Nondimeno questo principio patisce due eccezioni:

a. E prima per quelle persone che godono il beneficio della competenza, ovvero sono condannate soltanto *in id quod facere possunt.* Questo beneficio, che di sua natura è affatto personale (13), spettava: ai soldati (14); ai coniugi reciprocamente (15); ai genitori in confronto dei loro figli (16); al suocero per la dote promessa, finchè dura il matrimonio (17); a chi è uscito di fresco dalla patria potestà per i debiti contratti durante la la medesima, quando egli abbia ereditato poco o nulla dal padre (18); ai membri di una società reciprocamente per quel che uno deve all'altro a cagione della medesima (19); al donatore convenuto per l'adempimento della donazione (20); a chi cedette tutti i suoi beni ai creditori per ciò che avesse acquistato dappoi (21). Il creditore non può esigere il pagamento da queste persone che lasciando loro il necessario sostentamento (22):

(12) L. 21 D. de R. C. 12. 1; L. 78 pr. D. de leg. II.

(13) L. 63. § 2 D. pro socio 17. 2; L. 12. 13 D. sol matr. 24. 3; L. 21 § 1 L. 25. D. de re jud. 42. 1; L. 4 § 3 D. quod cum eo 14. 5. — L. 24 pr. D. de re judic.; L. 7 pr. D. de exc. 44. 1.

(14) L. 18 D. de re judic. 42. 1.

(15) L. 20 D. de re judic.; cf. L. 21 § 6. D. de act. rer amot. 25. 2; L. 52 D. de re judic.; L. 17 § 1 D. soluto matr. 24. 3.

(16) § 38 I. de act. 4. 6; L. 54 D. sol. matr. 24. 3; L. 16 D. de judic.

(17) L. 17 pr. D. sol matr.; L. 21. 22 pr. D. de re judic.; cf. L. 84 D. de jure dot. 23. 3.

(18) L. 2. 3. 4. pr. L. 5. L. 7. D. quod cum eo 14. 5; L. 49 D. de re judic. 42. 1.

(19) § 38 I. de action. 4. 6; L. 16 D. de re judic.; L. 63. pr. D. pro socio 17. 2.

(20) § 38 I. de action.; L. 54 D. sol. matr. 24. 3; L. 19 § 1. L. 30. 49. 50. D. de re judic. 42. 1.

(21) § ult. I. de action.; L. 4 pr. § 1. D. de cessione bonor. 42. 3. L. 3. C. de bon. auct. judic. 7. 72.

(22) L. 173 pr. D. de R. I.

ma d'altronde se le loro condizioni vengono a migliorarsi, esse sono obbligate anche al resto (23).

b. Ancora, la maggioranza dei creditori può sotto certe circostanze rimettere al debitore una parte del suo debito, e la minoranza ha l'obbligo di rispettare cotesta decisione. Siffatte remissioni però non occorrono per gius romano che nel caso di una eredità molto aggravata, e solo il diritto moderno ha esteso i medesimi principii anche al fallimento. Precisamente, giusta una costituzione di Marco Aurelio, è necessario che tutti i creditori sieno stati convocati per deliberare di questa remissione. La deliberazione medesima è presa dai presenti a maggioranza di voti, la quale è determinata dalla entità delle obbligazioni e non dal numero delle teste. Soltanto a parità di obbligazioni decide il numero delle teste. Se anche questo numero è eguale, deciderà quella parte dove si trovano le persone più ragguardevoli; e se anche le condizioni di stato fossero uguali, la decisione ne spetterebbe al giudice. Ad ogni modo la deliberazione della maggioranza vuol essere approvata dal giudice. Quant'è agli effetti, già dissi che la minoranza doveva acconciarsi al voto della maggioranza, e persino nel caso che vi fossero dei creditori privilegiati. Soltanto i creditori ipotecari non erano vincolati dalla presa deliberazione (24).

3. Altre condizioni concernono al luogo e al tempo; perchè il pagamento vuol essere fatto nel luogo e nel tempo dovuto.

A. Noi consideriamo dapprima il luogo.

Se questo è determinato, il debitore ha l'obbligo di pagare in esso (25): ma il creditore può sperimentare l'azione in ogni luogo purchè il foro sia competente a pronunciare contro il reo. Che se trattandosi di un *stricti juris negotium*, egli per diritto civile non poteva intentarla che nel luogo destinato al pagamento (26), il pretore però ebbe ad accordargli un'azione arbitraria che è detta: *de eo quod certo loco dari opportet*, e che

(23) L. 8 C. sol. matr. 5. 18.; L. un. § 7 C. de R. U. A. 5. 13; L. 63. § 4. D. pro socio 17. 2.

(24) L. 10 pr. D. de pact. 2. 14; L. 58. § 1 D. mand. 17. 1.

(25) L. 9. D. de eo quod certo loco 13. 4.; L. 47 pr. D. legat. I.; L. 122 pr. D. de V. O. 45. 1.

(26) § 33. I. de action. 4. 6.

poteva sperimentare anche in altro luogo diverso da quello che era stato determinato (27).

Può darsi però che sieno stati nominati più luoghi di pagamenti alternativamente o cumulativamente. Il debitore nella prima ipotesi ha libera la scelta finchè non sia prodotta l'azione; ma dopo cominciata la lite questo diritto trapassa nel creditore (28). Se invece i luoghi sono nominati cumulativamente, il pagamento va diviso tra i diversi luoghi (29).

Nella ipotesi che non sia convenuto nulla circa il luogo, e questo non sia determinato neppure dall'oggetto, valgono i seguenti principii. Allorquando si tratta di una restituzione, questa deve verificarsi nel luogo medesimo dove la cosa è stata ricevuta (30). Allorquando si tratta di una specie o anche di una quantità di una determinata aggregazione di cose, il luogo del pagamento è quello dove è situata questa specie o questa aggregazione di cose, e non quello dove il contratto venne conchiuso. Soltanto nel caso che il luogo fosse stato mutato per dolo malo del debitore, la specie e l'aggregazione andavano restituite nel luogo primitivo (31).

Se il creditore voleva effettuato il pagamento in altro luogo, egli doveva assumere a suo carico le spese e il pericolo del trasporto (32).

Prescindendo da questi casi valeva la regola, che il debitore prima del processo potesse offerire il pagamento al creditore in ogni luogo opportuno (33): dopo intentata l'azione, il creditore aveva diritto di esigerlo nel luogo medesimo dell'azione (34).

B. Anche riguardo al tempo convien distinguere. Può essere

---

(27) § 33 I. de act.; L. 2 pr. § ult. L. 4. § 1. D. de eo quod certo loco 13. 4; L. un. C. ubi conven. 3. 18.

(28) L. 2 § 3. D. de eo quod certo loco.

(29) L. 2 § 4. D. eod.

(30) L. 12. D. de rei vind. 6. 1.

(31) L. 38 D. de judic. 5. 1; L. 11 § 1. D. ad exhib. 10. 4; L. 12 § 1 D. depos. 16. 3.

(32) L. 11 § 1 D. ad exhib.; L. 12 §. 1 D. depos.

(33) L. 4 D. de cond. tritic. 13. 3; L. 137 § 2 D. de V. O. 45. 1. L. 39 D. h. t. 46. 3.

(34) L. 22 D. de R. C. 12. 1; L. 38 D. de judic. 5. 1.; L. 47 pr. § 1 D. de legat. I.

che v' abbia un determinato *dies solutionis*, vale a dire che la obbligazione sia contratta a termine, e in questa ipotesi il pagamento deve farsi nel giorno convenuto. Che se è lecito al debitore di farlo anche prima, non è però lecito al creditore di costringervelo (35).

Se invece il *dies solutionis* è abbandonato alla volontà del debitore, conviene attenderne la dichiarazione; e se egli muore prima di fare cotesta dichiarazione, l'obbligazione derivante da un contratto va interamente estinta (36), mentre pei legati valeva anzi la regola contraria, che cioè dovessero venir prestati al più tardi nel giorno della morte dell'onerato (37).

Posto che non vi abbia alcuna determinazione circa il tempo, il creditore può esigere il pagamento subito dopo conchiusa la obbligazione, *statim petere potest* (38); ma è ammesso un temperamento allorquando la prestazione è tale da esigere degli apparecchi (39). Dall'altro canto il debitore non aveva l'obbligo di pagare se non dopo essere stato interpellato dal creditore (40).

Una temporanea sospensione del pagamento poteva verificarsi soltanto in via di eccezione; ma poteva essere di varia specie.

a. V'era cioè una proroga forzosa nel modo istesso che vedemmo più sopra avervi una remissione forzosa. Se il debitore offriva di fare la cessione dei beni, e la maggioranza dei creditori trovava più vantaggioso di lasciarlo alla testa dei suoi affari, la minoranza doveva acquietarvisi, anche nel caso che fosse composta di creditori ipotecari, purchè il termine non eccedesse i cinque anni. Del resto la maggioranza veniva formata in modo analogo come nella remissione forzosa, perchè in prima linea decideva l'entità della obbligazione, poi il numero delle teste. Se

(35) § 2. I. de V. O.; L. 38 § 16. L. 41 § 1. L. 42. L. 137 § 2. D. de V. O.; L. 70 D. h. t. 46. 3.; L. 17 D. de R. I.

(36) L. 46 § 2 D. de V. O.

(37) L. 11 § 6. L. 41. § 13. D. de legat. II.

(38) § 2. I. de V. O.; L. 41. § 1. D. de V. O. 45. 1; L. 14 D. de R. I.

(39) L. 105. D. h. t.; esempi: L. 14. L. 41 § 1. L. 73 pr. L. 98. § 1. L 137. § 2. 3. D. de V. O.

(40) L. 48. D. de V. O.; L. 53 pr. D. de fideic. libert.

però ne emergeva una perfetta uguaglianza in tutto, sì del debito che del numero dei creditori, doveano anteporsi coloro, che inclinavano a una sentenza più mite, non domandando la cessione ma la proroga (41).

b. Un caso diverso è quello dei moratori, detti anche *literae induciales, literae dilatoriae* o *literae respirationis*. Il moratorio è un rescritto del principe, con cui viene imposto al creditore l'obbligo di aggiornare per un certo tempo la sua pretesa. Esso peraltro supponeva più cose: che cioè il debitore provasse la possibilità di rimettersi in quel frattempo; e che garantisse con fideiussori o con pegno il futuro pagamento al creditore, il quale otteneva di frequente anche il diritto di controllarne gli atti (42). Del resto s'intende: che cotesti moratori non possono venir opposti a quei creditori che hanno diritto di chiedere una specie; che vanno limitati al caso in cui il debitore debba restituire qualche cosa del proprio; e che giovano solo al debitore, ma non anche ai fideiussori e agli eredi. Trattandosi di fideiussori e di eredi, i creditori potevano accampare le loro pretese ad ogni istante. Ancora, secondo la comune opinione, i moratori non hanno alcuna efficacia contro i crediti nati posteriormente.

c. Tra le sospensioni temporanee va anche annoverata la cessione dei beni, che, come sappiamo, deriva la sua origine da una *Lex Julia*. Il debitore che senza sua colpa versa nella impossibilità di soddisfare i suoi creditori, ha diritto d'impedire il concorso cedendo tutto il suo patrimonio. La qual cessione aveva questo effetto, che i creditori dovevano star paghi per il momento a quanto era loro offerto, mentre gli altri loro crediti rimanavano sospesi fino a tanto che il debitore avesse ripigliato nuova lena. Il debitore medesimo ne traeva questo grande vantaggio di stornare da sè l'arresto personale e l'infamia susseguente al concorso; e quando avesse ragranellato una nuova sostanza, gli spettava sempre il beneficio della competenza (43).

d. Da ultimo noto due disposizioni di Giustiniano. Una di

---

(41) L. 8 C. qui bonis vendere possunt. 7. 71.

(42) L. 4 C. de prec. imp. off 1. 19.

(43) Tit. D. de cess. bonor. 42. 3.; L. 11 C. ex quib. ca. inf. 2. 12; L. ult. C. qui bon. ced. poss. 7. 71; § ult. I. de replic. 4. 14; L. 3 C. de bon. auct. jud. po. 7. 72.

esse, la quale concerne al beneficio dell' inventario, determina che il creditore non può far valere le sue pretese nei tre mesi dell' inventario (44); l'altra, che non si debbano molestare gli eredi, i prossimi consanguinei ed affini del defunto se non dopo decorsi nove giorni dalla morte di lui (45).

Spesse volte è necessario di ridurre una obbligazione non ancora scaduta al suo effettivo valore attuale, e questa riduzione si fa col mezzo dello sconto, che i Romani chiamavano *interusurium* e anche *commodum temporis medii vel repraesentationis*. L' interusurio è generalmente la quantità differenziale che passa tra il valore nominale di una obbligazione la quale non può essere fatta valere che in seguito, e il suo valore reale presente; o se più vuolsi, l' importo degli interessi che si possono ottenere o perdere in un pagamento pecuniario eseguito prima del termine della scadenza. Ciò può verificarsi in più casi. D'ordinario accade allorquando un debito infruttifero venga effettivamente pagato prima della scadenza. Osservo però che l' anticipazione del pagamento non dà per anche diritto a uno sconto, per quanto essa possa tornar vantaggiosa al creditore: insomma la detrazione vuol essere fatta di libero accordo.

II. Noi passiamo a discorrere degli effetti del pagamento.

Un pagamento fatto debitamente estingue *ipso jure* la obbligazione con tutti i suoi accessori, in specialità con le ipoteche e le fideiussioni inerenti al debito (46). Può darsi però che taluno abbia più debiti verso uno stesso creditore, e il pagamento non basti a coprirli tutti: in questa ipotesi converrà por mente:

1. Se il debitore abbia dichiarato qual debito intenda di estinguere. La dichiarazione del debitore ha l'effetto di vincolare il creditore, purchè fatta incontanente (47); ma s' intende che il pagamento scelto da lui deve anche avere tutte le condizioni di un valido pagamento. Per il che se fosse lecito al creditore di rifiutarlo nel caso che il debito prescelto fosse il solo, il medesimo diritto gli competerebbe anche allorquando esso concorresse con altri debiti.

2. Se il debitore paga senza quella dichiarazione, il diritto

(44) L. 22 C. de jur. delib.
(45) Nov. 115. c. 5 § 1.
(46) Pr. J. quib. mod. toll. oblig. 3. 29; L. 43. D. h. t.
(47) L. 1. 101 § 1 D. h. t.; L. 1 C. eod.

di elezione passa nel creditore (48); ma anche egli deve esercitarlo incontanente (49). Oltreciò vale la regola, che non possa giovarsene ad estinguere un debito ancora controverso, o non ancora scaduto, o un semplice debito di fideiussione: *dummodo in id constituat solutum in quod ipse si deberet esset soluturus*, parendo cosa molto equa che debba trattare gli affari del debitore come tratterebbe i propri (50). Che se il debitore poteva sempre protestare contro la determinazione del creditore e ritirare il pagamento (51), certo è che egli da questo istante si trovava in mora relativamente al debito in discorso.

3. In difetto di qualunque dichiarazione, converrà badare alla natura del debito. Se il dubbio verte tra il capitale e gli interessi arretrati, questi s'intendono pagati prima del capitale (52): se verte tra più debiti di capitale, la prima regola si è, che il pagamento non possa riferirsi che a debiti liquidi e già scaduti (53). Tra questi s'intendono pagati: prima i debiti intorno ai quali fosse già convenuto che debbano venir pagati in preferenza degli altri (54); poi i debiti più onerosi (55); e prima quelli che renderebbero infame il debitore condannato a pagarli, indi quelli congiunti con una pena, poi quelli garantiti da ipoteche o da pegno (56). Se i debiti sono tutti ugualmente onerosi, si presume che prima abbia voluto pagare i debiti propri e poi quegli altri assunti per intercessione (57). Se anche questo riguardo non è decisivo, si ha per estinto il debito più vecchio (58); e se sono contemporanei, s'intende che abbia pagato una quota proporzionale di ciascheduno di essi (59). Ultimi vengono i semplici debiti naturali (60).

---

(48) L. 1 D. h. t.; L. 1 C. eod.
(49) L. 1. 2. 3. D. h. t.
(50) L. 1. D. h. t.
(51) L. 2. D. h. t.
(52) L. 5. § 2. 3. L. 6. 48 in f. D. h. t.; L. 1 C. eod.
(53) L. 1. 3 § 1. L. 103 D. h. t.
(54) L. 89 § 2 D. h. t.
(55) L. 5 pr. D. h. t.
(56) L. 97 D. h. t.
(57) L. 97. L. 4. D. h. t.
(58) L. 97. D. h. t.; cf. L. 5 pr. L. 24. L. 102 § 2. D. eod.
(59) L. 8. D. h. t.
(60) L. 94 § 3 D. h. t.; cf. L. 5 § 2. L. 100 § 1. D. eod.

Tutto ciò vale propriamente del caso in cui il pagamento sia fatto dal debitore. Dato però che il creditore si paghi da sè, la regola è questa, che può aver riguardo al suo peculiare vantaggio, e quindi estinguere un debito non garantito da fideiussore (61), o anche un semplice debito naturale (62) prima degli altri. D' altronde è mestieri avvertire alcune restrizioni poste dalla legge a questo suo diritto. Perchè se un pegno è costituito contemporaneamente per più debiti, il ricavato della distrazione deve andare a beneficio di tutti; e se è costituito successivamente, s' intende che il debito più vecchio sia stato estinto prima degli altri. Che se un creditore pignoratizio ha diritto a degli interessi parte per una causa civile e parte per una causa naturale, egli deve computare una somma uguale agli uni e agli altri, quand'anche la grandezza ne fosse diversa (64).

III. Il fatto del pagamento vuol essere provato da chi asserisce di averlo eseguito, e i principii che valgono pei mezzi di prova in generale valgono in specialità anche per questa prova della *solutio*. Nondimeno occorrono alcune singolarità che vogliono essere avvertite.

Un mezzo molto ordinario è quello di produrre una ricevuta *(apocha)*: ma non tutte le ricevute hanno la stessa forza probatoria. Quelle rilasciate da un amministratore di una cassa publica fanno subito piena prova (65); quelle fatte da un privato non provano pienamente che dopo 30 giorni (66). Ancora, chi può provare il pagamento dei publici tributi fatto per 3 anni consecutivi mediante la produzione delle rispettive ricevute, ha la presunzione di aver pagato anche le imposizioni precedenti a quel triennio (67); presunzione che la pratica estese poi anche ai creditori privati.

Un'altra particolarità si verifica nella prova per testimoni. Se il debito era stato consegnato in iscritto, occorreva la deposizione concorde di 5 testimonii idonei superiori ad ogni ec-

(61) L. 73 D h. t.
(62) L. 101 § 1 D. h. t.
(63) L. 96. § 3. D. h. t.
(64) L. 5 § 2 D. h. t.
(65) L. 4 C. de apoch. publ. 10. 22.
(66) L. 14 § 2 C. de non num. pec. 4. 30.
(67) L. 3 C. de apoch. publ.

cezione, che fossero stati presenti al pagamento o alla cui presenza il creditore ne avesse confessato il ricevimento. Ancora, non dovevano trovarvisi a caso, ma in conseguenza di uno speciale invito relativo alla loro futura testimonianza (68).

Il pagamento si presume quando la scrittura che attesta il debito sia cancellata, stracciata (69), o sia stata restituita al debitore (70).

B. *La mora.*

Tit. D. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora (22. 1).

Donelli, de mora in opp. X. p. 1427 seg. Comment. XVI. 2. **Contius,** de diu. morae gener. in opp. p. 534 seg. **Madai,** die Lehre v. der Mora Ala 1837. **Wolf,** zur Lehre v. der Mora Gott. 1841. **Heimbach** nel Rechtslexic. di Weiske XII v. Verzug. **F. Mommsen,** die Lehre v. der Mora nebst Beitr. zur Lehre v. der Culpa (Beitr. zum Obblig. R. III). Brunsw. 1855. **Brackenhöft,** nella Giess. Zeitschr. Nuova Serie XV. 5. 6. 12. — **Schröter,** üb. die Regel dies interpellat pro homine (Giess. Zeitschr IV. 5). Il medes. gegen die Regel dies interpellat pro homine (Ibid. VII. 3). **Emmerich,** üb. die Verzinslichkeit illiquider Schulden (Ibid. XII. 2). **Zachariä v. Lingenthal,** dies interpellat pro homine (Zeitschr. f. g. R. W. XIV. 4. 5). **Seuffert,** Rechtsfall zur Erläuterung der Lehre v. den Verzugszinsen (Arch. f. civ. Prax. I. 17). **Neustetel,** die Regel dies interpellat pro homine ist unrichtig (Ibid. V. 8). **Thibaut,** Vertheidigung der Regel dies interpellat pro homine in ihrem herkömmlichen Sinne (Ibid. VI. 2). Il medes. üb. die Verzinslichk. illiquider Schulden (Ibid. IX 6). Il medes. üb. die Regel dies interpellat pro homine (Ibid. XVI. 7). **Buchholtz** nelle sue Abhandlungen n. 30 p. 382 seg. **Gerau,** üb. Verzugszinsen nach erkanntem Concursprocesse sowie üb. Verzug im Allgem. (Giess. Zeitschr. N. S. II. 7). — **Zimmern,** in wie fern wird eine Forderung durch des Gläubigers Verzug getilgt? (Arch. f. civ. Prax. III. 9). **Thibaut,** üb die gerichtl. Niederlegung als ein Erforderniss bei allen Arten bewegl. Sachen (Ibid. V. 13. 4. **Fritz,** üb. die gleichzeitige Mora des Gläubigers u. des Schuldners. (Ibid. X. 6). **Gesterding,** rechtl. Folgen der Mora des Gläubigers bei schuldigen Quantitäten (nella Ausbeute I. 9). — **Stryck,** de purg. morae Francof. 1767. — **Vangerow** § 588.

Se una delle parti non osserva per propria colpa il termine del pagamento, essa è in mora; la quale può consistere sì *in solvendo* che *in accipiendo* (1), secondo che l'obbligazione non viene adempita a tempo debito per colpa del debitore o del creditore.

---

(68) L. 18 C. de test. 4. 20; Auth. Rogati C. eod.; Nov. 90 c. 2.
(69) L. 24 D. de prob. et praesumt. 23. 3.
(70) L. 14. 15 C. h. t.
(1) L. 105 D. de V. O. 45. 1.

I. Noi consideriamo dapprima la mora del debitore, ***mora in solvendo***, sì nelle sue condizioni che nei suoi effetti.

1. Le condizioni sono le seguenti:

A. Perchè il debitore possa trovarsi in mora è necessario innanzi tutto che non paghi per colpa propria (2). Una mora scusabile non è mora di sorta; e sarebbe scusabile se il debitore avesse delle buone ragioni per credere di non essere debitore o di non esserlo nel tempo o in quella guisa che si vorrebbe dal creditore. S' intende pure che non esiste mora se un qualche avvenimento fortuito ha impedito il debitore dall'osservare il termine del pagamento. Ad ogni modo il debitore che adduce una scusa ha l'obbligo di provarla.

B. Ancora, è necessario che il debito sia tale da poter essere impetito (3); per cui la *mora solvendi* non può verificarsi nelle obbligazioni naturali, nè quando la obbligazione è condizionata o *sub die* durante la pendenza della condizione o del termine, e neppure se alla obbligazione può venire opposta una eccezione dilatoria.

C. Occorre finalmente che il creditore abbia interpellato il debitore (4); perchè nessuno è tenuto ad *ultro se se offerre*. La interpellazione è la intimazione fatta dal creditore al debitore di devenire al pagamento; per cui la semplice comunicazione del conto non si può risguardare come interpellazione, ma è solo una notificazione della obbligazione esistente. Ancora, la interpellazione, per essere valida, deve sempre accadere a tempo debito. Invece non importa che sia fatta giudicialmente o stragiudicialmente, dal creditore in persona o da un suo mandatario; ma non può farsi al mandatario del debitore se non allorquando egli sia incaricato di rappresentare il debitore in giudizio. Solo in alcuni casi il debitore è costituito in mora senza che vi abbisogni interpellazione, e allora la mora dicesi *ex re* per distinguerla dalla mora *ex persona*. La mora in questi casi è conseguenza pura e semplice di un fatto, e si verifica:

---

(2) L. 91 § 3. D. de V. O.; L. 5 D. de R. C. 12. 1; L. 9 § 1 D. de usur. et fruct. 22. 1; cf. L. 5 D. de R. C.; L. 17 § 3. L. 21. 22. 23 pr. L. 24 D. de usur. et fruct. 22. 1; L. 63. D. de R. J.

(3) L. 88. D.de R. I.

(4) L. 32. pr. D. de usur. 22. 1.

a. Quando è fissato un termine al pagamento; chè in tal caso il termine fa le veci dell' uomo, *dies interpellat pro homine* (5), e a ragione. La fissazione del termine contiene implicitamente la espressa dichiarazione del creditore di attendere il pagamento appunto in quel giorno.

b. Un altro caso lo abbiamo nei debiti *ex maleficio* propriamente detti. Colui che si è reso colpevole di un furto o di una violenta *dejectio*, è subito costituito in mora; e anche senza una speciale interpellazione deve restituire l'oggetto: *fur et invasor semper moram facere videntur* (6).

c. Abbiamo pure una eccezione pei crediti dei minori, per quelli del fisco e in favore degli stabilimenti di beneficenza, allorquando si tratta di legati o fedecomessi non pagati a tempo (7).

d. Havvi una *mora ex re* anche nella *fideicomissaria libertas*, cioè in favore di un affrancamento ordinato per fedecomesso (8): ma questo caso ha perduto oggimai tutta la sua importanza.

e. Finalmente essa si verifica quando per assenza del debitore o per altri motivi l'interpellazione non ha potuto succedere. Anche in questo caso l' interpellazione si considera come avvenuta (9).

2. Ora sono da considerare gli effetti della mora. In generale il debitore moroso è obbligato a mettere il creditore in quella condizione in cui sarebbe senza la mora. Per conseguenza:

A. L'obbligazione diventa perpetua grazie alla mora del debitore: *obligatio per moram debitoris perpetua fit* (10); o per

---

(5) L. 33. 114 D. de V. O. 45. 1; L. 10 C. de A. E. V. 4. 49. — L. 8 D. si quis caut. 2. 11; L. 40 D. de R. C. 12. 1.; L. 135 § 2 D. de V. O. — Schol. ad Basil. XXIII 1. 5; Schol. ad Harmenop. lib. III. tit. 3. § 43.

(6) L. 8 § 1. L. 20 fin. D. de cond. furt. 13. 1; L. ult. C. de cond. ob turp. caus. 4. 7. — L. 19 D. de vi 43. 16.

(7) L. 17 § 5. L. 43. D. de usur. et fruct.; L. 87 § 1. D. de legat. II. — L. 25 § 1. D. de fideicom. lib. 40. 5. — L. 3 C. in quib. caus. in int. rest. necess. non est. 2. 41. — L. 46 § 4 C. de episcop. et cleric. 1. 3; cf. Nov. 131. c. 12.

(8) L. 26. § 1. L. 53. pr. D. de fideicom. libert. 40. 5.

(9) L. 23. § 1. D. de usur. 22. 1.

(10) L. 24. § 2. D. de usur.; L. 87. § 1. D. de legat. II.; L. 91 § 3. 4. D. de V. O. 45. 1.; L. 58 § 1. D. de fidejuss. 46. 1.

dirla in altri termini, il debitore non rimane sciolto dalla obbligazione per essere decorso il termine per cui era tenuto, e risponde anche del caso fortuito, assumendo sovra di sè tutto il *periculum deteriorationis* e il *periculum interitus* (11). È dubbio però se il debitore moroso possa essere liberato dal risarcire il danno, provando che la cosa sarebbe perita ugualmente pel creditore anche senza la sua mora. Già i glossatori erano discordi in proposito (12): ma l'opinione più mite di Martino prevalse su quella più severa di Giovanni. Io credo che la così detta *perpetuatio obligationis*, come conseguenza di quel supremo principio della mora, che cioè l'obbligo del debitore moroso sia d'indennizzare il creditore di ogni danno derivante dalla mora, ovverosia prestargli tutto ciò che questi avrebbe avuto senza di essa, debba necessariamente sottostare a tutte le limitazioni portate dal principio medesimo da cui deriva. Perciò quella perpetuità della obbligazione deve patire una eccezione nel caso suaccennato, in cui l'oggetto sarebbe perito ugualmente pel creditore anche senza la mora del debitore (13). Fuori di questa ipotesi però l'obbligazione è a tutto rischio e pericolo del debitore.

B. Ancora, egli deve pagare le usure moratorie per le cose fungibili e i frutti per le cose fruttifere in tutti i contratti di buona fede, ma non anche in quelli di stretto gius; o meglio, trattandosi di un negozio di stretto diritto, l'obbligo non comincia che dopo contestata la lite (14).

C. Da ultimo vuol essere risarcito l'*omne id quod interest*, cioè tutto quello che il creditore non ha conseguito grazie alla mora. Che se il valore della prestazione ha variato dal momento della mora, anche queste variazioni stanno a carico del debitore.

---

(11) L. 5. pr. D. de R. C. 12. 1; L. 5. § 4 D. de in lit. jur. 12. 3; L. 23. D. de const. pec. 13. 5; L. 12. § 3 D. depos. 16. 3; L. 25 § 2. D. sol. matr. 24. 3; L. 39 § 1; L. 108 § 11 D. de leg. 1; L. 8 D. de re jud. 42. 1; L. 23. 82 § 1 D. de V. O. 45. 1; L. 2 C. de cond. furt. 4. 8.; L. 3 C. de usur. et fruct. 6. 47.

(12) Gl. ad L. 12 § 3. L. 14 § 1. depos.; Haenel dissent. domin. p. 138 § 23.

(13) L. 14 § 11 D. quod met. causa 4. 2; L. 40. pr. de hered. pet. 5. 3; L. 15 § 3 D. de R. V. 6. 1; L. 12 § 4. D. ad exhib. 10. 4; L. 14 § 1 D. depos. 16. 3; L. 47 § 6. D. de legat. I.

(14) L. 3 pr. § 1. D. de usur. et fruct.

Egli risponde cioè del valore che la cosa può avere al momento della sentenza, e può persino essere condannato a pagare il massimo valore raggiunto dalla cosa medesima dal cominciamento della mora fino a quell' istante (15).

II. Passiamo a considerare la *mora creditoris in accipiendo*; la quale si verifica allorquando il creditore per un fatto od una ommissione colposa rende impossibiie l'esecuzione attuale della obbligazione.

1. Anch'essa suppone più condizioni:

A. E innanzi tutto una *oblatio rite facta.* Il debitore deve avere validamente offerto il pagamento al creditore: ma non importa punto che questa offerta sia stata fatta realmente o solo a voce (16).

B. Suppone oltrecciò che il creditore si trovi in colpa; per cui e' non si potrebbe chiamar moroso, se per impreveduti accidenti non potesse comparire nel luogo e nel tempo stabiliti. In quella vece sarebbe costituito in mora anche nel caso che per sua colpa avesse resa impossibile l'offerta al debitore; in specialità se avesse ricusato di concorrere agli atti richiesti dall' esecuzione, come sarebbero la liquidazione di un credito non liquido, la misurazione e il peso degli oggetti da consegnarsi ecc. (17).

2. Veniamo agli effetti.

A. La mora *accipiendi* ha prima di tutto questo effetto, che il debitore non risponde quinc' innanzi se non del dolo e della colpa lata, quand'anche prima avesse prestato per ogni colpa (18).

B. Ancora, potrebbe mettere l'oggetto della obbligazione a rischio e pericolo del creditore nei casi in cui questo pericolo fosse stato eccezionalmente a carico del debitore (19).

C. Oltrecciò incombe al creditore moroso l'obbligo di risar-

---

(15) L. 3 § 3 fin. L. 21 § 3. D. de A. E. V. 19. 1; L. 3 fin. D. de cond. tritic. 13. 3; L. 8 § 1 D. de cond. furt. 13. 1.

(16) L. 72 pr. D. de solut. 46. 3.

(17) L. 39. D. de solut.; L. 5 D. de peric. et comm. 18. 6; L. ult. C. de usur. pupillar. 5. 56.

(18) L. 5. L. 17. D. de peric. et comm. 18. 6; L. 9 D. sol. matr. 24. 3.

(19) V. nota 18 e L. 72 pr. D. de solut. 46. 3; L. 8 pr. D. de cond. furt. 13. 1; cf. L. 2 C. eod. 4. 8.

cire il debitore di ogni danno che gli avesse procurato col suo rifiuto (20).

III. La mora cessa, *mora purgatur*:

1. Innanzi tutto, pel debitore, eseguendo la prestazione dovuta: pel creditore, dichiarandosi pronto ad accettarla.

2. Cessa eziandio nel caso che tra gli interessati sia stato convenuto un nuovo termine di pagamento.

3. Da ultimo la mora di una parte ha per conseguenza di sanare la mora dell'altra: *mora moram purgat* (21). Si avverta però che cotesta purgazione non toglie gli effetti già esistenti della mora, ma impedisce solamente i nuovi effetti. Se ambe le parti si trovassero costituite contemporaneamente in mora, converrebbe dire che quella dell'una si compensa con quella dell'altra, ovvero si paralizzano a vicenda.

---

2. Il deposito e l'abbandono.

Lauterbach, de deposito juris nelle Diss. acad. II. p. 63. **Schultzen,** tract. de oblatione, obsignatione ac depositione pecuniae Brema 1775 **Mommsen,** Beitr. zum O. R. I. § 22. **Spangenberg,** üb. die rechtl. Wirkungen der Deposition einer Geldschuld in Bezug auf einen nachmals üb. das Vermögen des Schuldners ausgebrochenen Concurs (Giess. Zeitschr. I. 6). **Thibaut,** üb. die gerichtl. Niederlegung als ein Erforderniss bei allen Arten beweglicher Sachen. (Arch. f. civ Prax. V. 13. 4).

Due modi di estinzione che confinano col pagamento sono il deposito e l'abbandono.

Quando il creditore rifiutava di accettare l'offerta reale di una cosa fattagli dal debitore, questi poteva liberarsi dal debito consegnando la somma o la cosa in un publico deposito, cioè nei templi e nelle chiese o nel luogo designato dal giudice (1).

---

(20) L. 3 § 4 D. de A. E. V. 19 1.

(21) L. 17. D. de peric. et comm. 18. 6; L. 51 pr. D. de A. E. V. 19 1.; L. 26 D. sol. matr. 24. 3; L. 73 § 2. L. 91 § 3. D. de V. O. 45. 1.

(1) Cic. ad attic. V. 21. ad fam. V. 20. de legib. II. 16. — L. 73 D. de proc. 3. 3; L. 7. § 2 D. de minor. 4. 4; L. 1 § 36 D. depos. 16. 3; L. 4 D. de statu lib. 40. 7; L. 64 D. de fidej. 46. 1, L. 19 C. de usur. 4. 32; L. 10 C. de bon. auct. jud. possid. 7. 72.

Cotale deposito teneva luogo di pagamento e liberava quindi *ipso jure* il debitore, estinguendo il debito con tutti i suoi accessori (2); ma il debitore conservava il diritto di riprendersi il deposito finchè il creditore non avesse reclamato, e, cominciando da questo momento, il debito rinasceva con tutte le sue conseguenze. Per ciò egli doveva pagare anche gli interessi del tempo intermedio; e rivivevano insieme tutte le altre obbligazioni accessorie di lui, per es. un diritto di pegno, come non si fossero mai estinte (3). Si avverta però una cosa. La legge non parla propriamente se non delle obbligazioni dello stesso debitore; e a ragione. Le obbligazioni dei fideiussori cessate pel fatto del deposito non possono rivivere per un semplice atto unilaterale della volontà (4). Si avverta altresì, che il caso della mora del creditore, quantunque più comune, non è il solo, a cui questo mezzo di liberazione possa essere applicato; ma ve n' ha degli altri più o meno analoghi. Il debitore cioè poteva ricorrere a questo espediente anche quando il pagamento ordinario avesse incontrato delle altre difficoltà, p. es. se il creditore era assente senza procuratore, o la persona del creditore era incerta, o il creditore era un minore e non aveva curatore (5); e naturalmente non gl'incombeva in questi casi di fare delle offerte reali, ma si liberava col solo deposito.

S'intende del resto che cotal modo di estinzione non è applicabile se non a cose che si confanno a un deposito; onde p. es. gl' immobili e i liquidi come tali ne sono per se stessi esclusi. In questi casi però, e in generale ogniqualvolta concorrevano tali circostanze da non poter aver luogo il deposito, era di necessità lecito al debitore di abbandonare la cosa dopo averne data notizia al creditore: anche questo modo teneva luogo di pagamento e aveva l'effetto di estinguere il debito (6).

---

(2) L. 72 pr. D. de solut. et liber. 46. 3; L. 6. 9. 19 C. de usur. 4. 32; L. 9 C. de solut. 8. 43; L. 8 C. de distr. pign. 8. 28.

(3) L. 8 C. de distr. pign. 8. 28; L. 19 C. de usur. 4. 32.

(4) Arg. L. 62. D. de pact. 2. 14.

(5) L. 7 § 2 D. de minor 4. 4; L. 18 § 1 D. de usur. 22. 1; L. 73 D. de proc. 3. 3.

(6) L. 1 § 3. D. de comm. et per. rei vend. 18. 6.

3. L' accettilazione

Tit. D. e C. de acceptilatione (46. 4 — 8. 44).
Völdendorff-Waradein, zur Lehre vom Erlass. Monaco 1850. **Scheurl,** Erlassvertrag nei suoi Beitr. II. 14.

L' accettilazione, *acceptilatio*, è propriamente la stipulazione contraria; un atto giuridico solenne mediante cui il debitore domandava al creditore se aveva per ricevuto quanto gli aveva promesso, e il creditore rispondeva di tenersi per pagato: *Quod ego promisi habesne acceptum? Habeo* (1). Che se in origine essa non fu che una attestazione verbale di un pagamento effettivo, in seguito invece si adoperò di preferenza indipendentemente da una simile prestazione, onde non a torto fu detta *imaginaria quaedam solutio* (2). Ancora, l'accettilazione non era applicabile che alle *obligationes verbis contractae* (3). Senonchè cotesta restrizione era più immaginaria che reale, perchè ogni obbligazione poteva mediante novazione venir tramutata in una *obligatio ex stipulatu*. Anzi appunto a tal uopo il giureconsulto Aquilio Gallo, collega ed amico che fu di Cicerone, discepolo di Mucio e maestro di Servio Sulpizio, come aveva immaginato delle formule per rendere possibile l'istituzione dei *postumi sui* (4), ed altre relative al dolo (5), ne ideò una di generale, conosciuta sotto il nome di *Aquiliana stipulatio*, per cambiare in una obbligazione verbale tutti i rapporti obbligatori esistenti fra due parti. In tal caso non v'era nulla di più facile che di estinguere mediante accettilazione il debito trasformato in obbligazione verbale (6).

L'accettilazione stessa operava *solutionis loco;* era cioè efficace quanto il pagamento, per cui estingueva *ipso jure* il debito

(1) Gai. 3. 169; § 1. I. quib. mod. oblig. toll. 3. 29; L. 1 D. de accept. 46. 4.
(2) LL. citt. e L. 19 § 1 D. de accept. 46. 4.
(3) L. 19 § 1. L. 8. § 3. D. de accept.
(4) L. 29 pr. D. de liber. 28. 2.
(5) Cic. de off. III. 14.
(6) Gai. 3, 170; § 2. I. quib. mod. toll. obl. 3. 29; L. 18 § 1. D. de accept.

con tutti i suoi accessori (7). Liberava quindi il mallevadore se fatta col debitore principale, e liberava il debitore principale se fatta col mallevadore. Per simile, se il creditore rimetteva per accettilazione il debito ad uno di più *rei promittendi*, la remissione profittava anche agli altri correi; e viceversa se uno di più *rei stipulandi* rimetteva per accettilazione il debito al debitore, questi era libero anche dagli altri. In una parola essa estingueva l'obbligazione correale per tutti i correi (8). Ancora, non tollerava nè *dies* nè *conditio* (9), ed anche in questo era simile al pagamento, che generalmente stava ad essa come un mezzo naturale di estinzione a un mezzo artificiale (10).

4. Il consenso contrario.

Il consenso contrario, che i moderni impropriamente addimandano *mutuus dissensus*, è un modo di sciogliere le obbligazioni contratte mediante il semplice consenso. Quelle obbligazioni alla cui perfezione basta il nudo consenso, possono anche venir sciolte nella stessa maniera, cioè col consenso contrario al primo Perchè però sia veramente il consenso, e non altro, quello che estingue la reciproca obbligazione, è necessario che questa non abbia già avuto esecuzione nè da una parte nè dall'altra. Insomma la cosa deve essere ancora intera, *res integra*; pur avvertendo di non confondere il rapporto madre colle speciali prestazioni, qualora si tratti di obbligazioni destinate a fondare dei rapporti durevoli tra i contraenti. Per cui, a mo' di esempio, nel caso di una società si potrebbe col consenso contrario fermare la continuazione del rapporto esistente, nonostante che avesse avuto in parte il suo adempimento. Fuori di questo caso, non essendovi più cosa intera, converrebbe tornarla tale, se pur si volesse sciogliere l'obbligazione col consenso contrario.

(7) L. 5 L. 16. pr. D. de accept.
(8) L. 13 § 7. 12; L. 16 pr. D. eod.
(9) L. 4. 5 D. eod.; L. 77. D. de R. I. 50. 17.
(10) L. 107 D. de solut. 46. 3.

Del rimanente esso non è contratto di sorta, come non lo è l'accettilazione; e quindi si spiega il perchè operi *ipso jure*. Anch' esso distrugge pienamente, sostanzialmente ed *ipso jure* l'obbligazione come se mai non fosse stata contratta (1).

---

5. La novazione.

Tit. D. e C. de novationibus et delegationibus (46. 2 — 8. 42).
Brissonius, de solut. et liberat. nelle oper. jur. II. p. 417 seg. **Fein**, Beiträge zur Lehre v. der Novation u. Delegation Jena 1850. **Salpius**, die Novation u. Delegation nach R. R. Berl. 1864. **Salkowski**, zur Lehre v. der Novatio nach R. R. Lips. 1866. **Huschke**, zur Lehre v. der Novatio (Giess. Zeitschr. N. S. II. 6. 5). **Kniep**, Einfluss der bedingten Novat. auf d. ursprüngl. Oblig. Wism. 1860. **Römer**, die bedingte Novation Tob. 1863. **Löhr**, c. 8. C. de novat et delegat. 8. 42 nel Magaz. für R. W. u. Gesetzgeb. IV, 3 e p. 537 seg. **Sintenis**, üb. stillschweig. Novat. (Giess. Zeitschr. IX. 5) **Hepp**, üb. die Novatio tacita (Arch. f. civ. Prax. XV. 11). **Huschke**, die Novat. der Schuld alternativer Schuldner (Giess. Zeitschr. N. S. II. 6. 6). **Ribbentrop**, de necessaria quam vocant novatione Gott 1822. **Keller**, Civ. Proc. § 60. **Vangerow** § 160.

I. La novazione è l'estinzione di una obbligazione mediante la sostituzione di un' altra, o per dirla con Ulpiano: *novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio: hoc est cum ex praecedenti causa ita nova costituatur ut prior perimatur*. La voce *novatio* deriva appunto da nuovo e dalla nuova obbligazione (1): ma se nel senso tecnico implica necessariamente la estinzione della prima obbligazione, può anche prendersi in una significazione più vaga per indicare ogni innovazione di un diritto esistente. Infatti non pochi interpreti del diritto romano, accettando la parola in questo senso, distinguono la novazione privativa dalla cumulativa: la novazione che estingue la obbligazione originaria, dalla novazione che modifica solamente il primo debito, il quale continua ad esistere. Questa distinzione peraltro è affatto estranea alle nostre fonti, e non è atta che a mettere la confusione nelle idee. La vera novazione nel senso tecnico della parola, la sola novazione del diritto romano è la novazione privativa.

---

(1) § ult. I. quib. mod. obl. toll. 3. 29; L. 7 § 6. L. 58. D. de pact. 2. 14; L. 2. 3. D. de rescind. vend. 18. 5; L. 35. D. de R. I. 50. 17; L. 1. 2 C. quando liceat ab emt. reced. 4. 45.

(1) L. 1 pr. D. h. t. 46. 2.

II. Tutte le obbligazioni senza differenza, sia che provengano da contratto o quasi contratto, da delitto o quasi delitto, tutte ammettono novazione: *omnes res transire in novationem possunt*, dice ancora Ulpiano laconicamente (2): ma non tutti i modi ammessi per obbligarsi potevano avere questa gran forza di creare a un tempo una nuova obbligazione e distruggere l'antecedente.

1. I soli contratti per mezzo dei quali poteva operarsi la novazione erano il contratto verbale della stipulazione e il contratto letterale. È però osservabile, che Gaio dopo aver trattato della obbligazione letterale parlando dei contratti, neppur l'accenna tra i mezzi di operare la novazione, quando tratta di questa materia. L'obbligazione antecedente figura qui piuttosto come motivo della iscrizione del *nomen*, che non come obbietto principale di una novazione che le parti avrebbero voluto fare. In verità il solo modo generale di novazione e il più commodo, come osserva l'Ortolan, il solo che si piegasse a tutte le volontà delle parti, il solo che fosse comunemente usato, e il solo che si mantenesse nel diritto giustinianeo è la stipulazione (3).

2. La novazione per altro poteva aver luogo nel gius antico anche indipendentemente da queste forme contrattuali. Accanto alla novazione volontaria ve n' avea una di necessaria, che si verificava quando l'obbligazione diventava obbietto di un processo; perchè l'organizzazione romana di questo generava una doppia trasmigrazione dell'antica obbligazione in un nuovo corpo prima che potesse conseguire il suo fine di esser pagata. Precisamente questa consumazione e novazione processuale era l'effetto della contestazione della lite e della cosa giudicata, e si verificava quindi tanto nel processo *in jure* quanto nel processo *in judicio*. Mi spiego. La necessità di dare o di fare, *dare facere oportere*, basata unicamente sulla attività dei litiganti, era per la contestazione della lite rimpiazzata da una nuova necessità, la necessità della condanna, *condemnari oportere*, basata a un tempo sull'attività giudiziaria dei litiganti e sulla volontà mediatrice e decicisiva del magistrato. Egli era questo un ordine ipotetico di condanna, il cui fine e le cui supposizioni erano prese essenzial-

(2) L. 1 § 1. L. 2 D. h. t.
(3) L. 1 § 1. L. 2 D. h. t.

mente dalla materia della obbligazione stessa, ma con riguardo a tutto ciò che poteva agevolarne o difficultarne la coazione giudiziaria. Ne nasceva adunque, grazie al processo *in jure*, una nuova obbligazione coll'antica materia, ma forse con materiali modificazioni sì subiettive che obbiettive, ad ogni modo con una nuova forma; e perchè questa trasformazione non fosse mai illusoria, veniva *ipso jure* distrutta la obbligazione anteriore e tolta così per sempre la possibilità di tornare con essa all'attacco, come se niente fosse accaduto. Senonchè l'ordine ipotetico di condanna voleva essere tramutato alla sua volta in una condanna od assoluzione categorica. Tal era lo scopo del processo *in judicio*. Il giudice, a seconda dei resultati emergenti dall'esame dei fatti, assolveva veramente o condannava, cangiando le supposizioni della formula in certezza. E se nel caso dell'assoluzione, la forma anteriore della obbligazione era senz' altro annullata; nel caso della condanna, questa era la sola forma valida di tutta la obbligazione, a cui il *condemnari oportere* del magistrato non aveva che dischiusa la via, e che sparisce alla sua volta purificato dalla sentenza del giudice. Ne nasceva quindi una seconda novazione, che era il vero scopo e il resultato finale a cui mirava il processo.

D'altronde questa virtù novatrice della contestazione della lite e della sentenza non si verificava interamente, per difetto di materia, quando le azioni sperimentate non sollevavano che una semplice questione di fatto, cui stava subordinata la condanna o la assoluzione *(actiones in factum conceptae)*, non altrimenti che nel caso di un'*actio in rem*, cioè di un'azione intesa a far valere un diritto patrimoniale reale. Non si verificava neppure interamente, per difetto di forza, nei *Judicia quae imperio continentur*, come chiamavansi, a differenza dei giudizi legittimi, quelli che non avevan luogo esclusivamente tra cittadini, o nella città o dentro un miglio di Roma, nè dinanzi a un solo *judex* ma davanti ai *recuperatores*. In questi casi l'effetto della contestazione della lite e della sentenza non poteva ottenersi che *auxilio praetoris* colla *exceptio rei in judicium deductae* e *judicatae*. Dimanierachè dove la contestazione e la sentenza manifestavano tutta la loro forza, sostituendo *ipso jure* una nuova obbligazione all'antica, che ne andava distrutta, era solo nei giudizi legittimi e in quelle azioni derivanti da un rapporto obbligatorio *(actiones*

in personam) che avevano il loro fondamento nel gius civile, per cui la formula commetteva al giudice, non già di verificare semplicemente un fatto, ma di accertare la esistenza di un diritto, *actiones in jus conceptae*, e precisamente di un credito.

Abolita la procedura formulare, e divenuti regola gli *exstraordinaria judicia* di eccezione che erano, cessò anche questa novazione necessaria, ma non si potrebbe dire che ne sien venuti meno interamente gli effetti. E valga il vero: la *Litis contestatio* del nuovo diritto, se non consuma più l'azione come al tempo dell'*ordo judiciorum*, obbliga però l'attore a rimanere in giudizio fino al termine della lite (4); il qual principio può riguardarsi come un debole eco di quella consumazione processuale. Ad ogni modo continua tuttavia l'effetto positivo della contestazione, perchè fa luogo ad una nuova obbligazione (5), in forza di cui l'attore vittorioso deve ricevere tutto ciò che avrebbe ricevuto se la sentenza fosse stata pronunciata appunto in quel momento (6). Parimenti la sola esistenza della sentenza, indipendentemente dal suo contenuto, non distrugge più l'azione anteriore; onde la funzione negativa, ch'ebbe già la cosa giudicata nel diritto classico, non ha più valore nel diritto giustinianeo, quantunque alcune vestigia ne sien passate nelle Pandette. La funzione positiva invece basata sul principio che *res judicata pro veritate habetur*, continua tuttavia, per cui può venire opposta efficacemente ad ogni pretesa che fosse in contraddizione col tenore della sentenza, cioè colle ragioni obbiettive e cogli elementi di essa.

III. Vedute le cause da cui può derivare una novazione, veggiamo in quali modi possa operarsi.

1. Essa può accadere innanzi tutto senza mutamento delle persone, e quindi il debitore e il creditore rimangono gli stessi. Questa è la novazione comunemente chiamata semplice, e avviene in tutti quei casi nei quali la obbligazione riceve un'altra causa, come p. es. se un debito derivante da un mutuo, da un deposito, da un delitto fosse vestito della forma della stipula-

(4) L. 13 § 2 C. de judic. 3. 1; Nov. 53 c. 1; Nov. 112. c. 2.

(5) L. 3 §. 11 D. de pecul.; L. 22 D. de tut. et rat. distr.

(6) L. 40 pr. D. de H. P. 5. 3; L. 17 § 1. L. 20 D. de R. V. 6. 1; L. 31 pr. D. de R. C. 12. 1; L. 2. 3. § 1. L. 34. 35. 38 § 7 — 15 D. de usur. 22. 1; L. 91 § 7 D. de leg. 1; L. 35. 75. D. de V. S.

zione (7). Ciò avviene eziandio surrogando un'altra prestazione a quella che formava l'obbietto della prima obbligazione (8), o variando le clausole accessorie relative al tempo, al luogo, alla condizione, alla intercessione, e via dicendo, purchè v'abbia qualche cosa di nuovo: *si quid novi sit* (9).

2. Vi sono però dei casi nei quali la novazione si opera con un mutamento delle persone, sia che ciò avvenga nella persona del debitore o in quella del creditore.

Un nuovo debitore può essere surrogato all'antico per espromissione o delegazione. Per espromissione, quando il nuovo debitore si presenta spontaneo al creditore per liberare l'antico offrendo di obbligare se stesso; perchè come un terzo può pagare il debito per il debitore, non altrimenti può novarlo; e questo cambiamento, se esige il consenso del creditore, non esige punto quello del debitore primitivo (10). Per delegazione, quando il primo debitore (delegante) procura al creditore (delegatario) un altro debitore (delegato) in sua vece, il che a ben guardare è una specie di espromissione, e suppone naturalmente, oltre il consenso del nuovo debitore e del vecchio, anche quello del creditore (11).

Dall'altro canto la nuova obbligazione può essere contratta dal medesimo debitore verso un nuovo creditore, ma solo dietro ordine dell'antico. Anche questa novazione assume il nome di delegazione come l'antecedente, e Gaio ce la presenta come un mezzo indiretto di trasferire ad altri il beneficio di un credito (12). Il resultato pratico è certamente molto analogo a quello che si ottiene colla cessione: ma nondimeno le differenze sono capitali. E anzitutto quanto alle condizioni; perchè questa delegazione, che a distinguerla dall'altra chiameremo attiva, esige, il consenso del debitore delegato (13), mentre la cessione può operarsi a sua insaputa ed anzi suo malgrado. Oltrecciò quanto gli effetti; perchè la delegazione attiva sostituisce una nuova obbligazione all'an-

(7) Arg. L. 6 § 1. L. 7 D. h. t.
(8) L. 28. 32 D. h. t.
(9) § 3 I. quib. mod. oblig. toll. 3. 29.
(10) L. 8 § 5 D. h. t.
(11) L. 11 pr. L. 17 D. h. t.
(12) Gai. 2, 38.
(13) L. 3 C. h. t. 8. 42; L. 2 C. de O et A. 4. 10.

tica che distrugge (14): mentre la cessione lascia sussistere il credito tal quale con tutti i suoi accessori, privilegi ed eccezioni.

Ad ogni modo occorrono alcune condizioni perchè la novazione possa operarsi. Essa richiede cioè:

1. La esistenza di due obbligazioni valide, cioè l'antica, che vien rinnovata, e la posteriore, che produce la novazione, surrogandosi a quella. Non importa però che queste obbligazioni sieno omogenèe. L' una può essere civile e l'altra naturale (15), l'una scaduta e l'altra a termine (16), l'una pura e l'altra condizionata. Ove però l'antica obbligazione sia condizionata e pura la nuova, la novazione non ha effetto se la obbligazione eventuale non perviene ad esistenza, cioè solo nel caso che la condizione esista. In quella vece essendo deficiente la condizione, non vi può essere obbligazione di sorta: nè l'antica, che non ha mai esistito; nè la nuova, che deve succedere in luogo della esistente (17). Per simile se la prima obbligazione è pura e condizionata la seconda, non vi ha novazione che qualora la condizione esista: ma in caso di deficienza, continua a sussistere la obbligazione anteriore. Per vero dire Servio Sulpicio pensava che la prima obbligazione dovesse risguardarsi come rinnovata immediatamente, non ostante che la stipulazione fosse condizionata: ma prevalse la opinione contraria, e a ragione. Infatti perchè la novazione si compia occorre che v'abbia una nuova obbligazione: ma se la condizione non si avvera, non vi ha punto obbligazione. La novazione quindi non può essere in questo caso che condizionata: *non statim fit novatio, sed tunc demum cum conditio existerit* (18).

2. Veniamo a un altro requisito. Le persone, le quali fanno la novazione debbono avere la capacità di farla. Quindi occorrerà innanzi tutto che non difettino assolutamente di capacità giuridica, quantunque non sia punto necessario che questa ca-

(14) L. 12. 13. 19. 33 D. h. t.; L. 4 § 20. 21. L. 5. § 5 D. de doli mali exc. 44. 2; L. 68 § 1. D. de evict. 21. 2; L. 78 § 5. D. de jure dot. 23. 3.

(15) L. 1 § 1. L. 2 D. h. t.; § 3 I. quib. mod. obl. toll.

(16) L. 5 in f. L. 8 § 1 D. h. t.

(17) L. 14 pr. D. h. t.; cf. Gai. 3, 79; § 3. I. quib. mod. obl. toll.; L. 30 § 2 D. de pact. 2. 14; L. 8. § 1. L. 31. pr. D. h. t.; L. 56 § 8 D. de V. O. 45. 1; L. 72. § 1 D. de solut. 46. 3.

(18) L. 14 § 1 D. h. t.; cf. L. 8 § 1 D. h. t.

pacità sia assoluta. La novazione adunque poteva risultare dalla promessa di un pupillo fatta senza autorità di un tutore, perchè la capacità di azione di un pupillo non è che limitata; ma non poteva risultare da quella fatta da uno schiavo, perchè lo schiavo manca assolutamente di capacità giuridica, quantunque anch'egli al pari del pupillo possa obbligarsi in via naturale (19). Supposta questa capacità giuridica, possiamo colle nostre fonti stabilire il principio, che ognuno il quale ha diritto di ricevere un pagamento può anche fare una novazione: *cui recte solvitur is etiam novare potest* (20): ma affrettiamoci di aggiungere, che cotesto principio patisce delle eccezioni. Così il *solutionis causa adiectus,* quantunque possa ricevere il pagamento, non può fare una novazione, perchè la obbligazione non è fondata nella sua persona (21). Parimenti il procuratore autorizzato a ricevere un pagamento non può operare una novazione se non nel caso che sia procuratore di tutti i beni od abbia un mandato speciale (22). Ancora, un figlio di famiglia, che aveva un peculio profetizio, poteva bensì ricevere un pagamento relativo a questo peculio, ma non poteva fare una novazione che qualora ne avesse la libera amministrazione (23).

3. Finalmente importa di sapere se le due obbligazioni che si succedono non sieno due obbligazioni distinte, indipendenti l'una dall'altra, o se la prima è distrutta e surrogata dalla seconda. Con altre parole, ci vuole l'*animus novandi,* la intenzione di operare una novazione, sebbene secondo il diritto antegiustinianeo essa potesse darsi a conoscere anche in modo tacito, purchè risultasse chiaramente dall'atto; chè la novazione, anche secondo il gius antico, non si presumeva punto (24). D'altronde l'animo può talvolta non apparire evidente, e far luogo di fatto a grandi difficoltà di apprezziazione e a numerosi

(19) § 3 I. quib. mod. obl. toll. 3. 29; L. 1 § 1 D. h. t.; Gai. 3, 176; L. 9. § 5 D. de R. C. 12. 1.

(20) L. 10 D. h. t.

(21) L. 10. 21 D. h. t.; L. 10 D. de solut.

(22) L. 20 § 1 D. h. t.

(23) L. 27 pr. D. de pact. 2. 14; L. 48 in f. D. de pec. 15. 1; L. 25. 34 pr. D. h. t.

(24) L. 2 in f. L. 6 pr. L 7. 8 § 1. 2. 3. 5. L. 9 pr. L. 26. 28 D. h. t.; L. 71 pr. D. pro socio 17. 2; L. 58 D. de V. O. 45. 1.

processi. Anzi le stesse applicazioni pratiche, che i giureconsulti romani fanno di quel principio, sono ben lungi dall'avere quel carattere di precisione onde sono ordinariamente improntate le loro decisioni. Parrà quindi naturale che Giustiniano pensasse di por termine a cotali difficoltà; e il fece, ordinando che la intenzione debba essere sempre espressamente dichiarata (25). Ma se nol fosse? e l'animo ciononostante esistesse? Vorrem dire che ambedue le obbligazioni debbano sussistere, e il debitore sia obbligato a pagare due volte, non ostante la contraria intenzione degli interessati? No certo; e molto meno che la nuova obbligazione sia nulla. Piuttosto converrà ammettere, che ambedue le obbligazioni sieno efficaci bensì, ma solo alternativamente, o se più vuolsi nel senso che ciò ch'è stato stipulato nella seconda accede alla prima (26). La costituzione giustinianea, che voleva por termine alle incertezze della giurisprudenza è divenuta alla sua volta una nuova fonte d'incertezze e controversie.

L'effetto della novazione è di distruggere sostanzialmente l'antica obbligazione, surrogandone *ipso jure* un'altra in sua vece. Essa dunque per la sua forza distruttiva è uguale al pagamento ed alla accettilazione (27); per cui ne vanno estinti colla obbligazione principale anche tutti gli accessori, come le pene convenzionali (28), gl'interessi (29), la fideiussione (30) e il pegno, ammenochè e' non venga per ispeciale accordo trasferito alla nuova obbligazione, nel qual caso vuol essere mantenuto persino col suo rango (31). Parimenti vien purgata la mora (32); e si estinguono tutti i privilegi, ammenochè non com-

---

(25) L. ult. C. h. t.

(26) L. 8 C. h. t. e § 3 I. quib. mod. obl. toll. 3. 29 combin. colla L. 8 § 5 D. h. t.

(27) § 3 I. quib. mod. obl. toll. 3. 29; L. 2. 3 C. h. t.

(28) L. 15 D. h. t.

(29) L. 27 D. h. t.

(30) L. 4 C. de fidej. 8. 41.

(31) L. 18 D. h. t.; L. un. C. etiam ob chyrogr. 8. 27; L. 11 § 1 D. de pign. act. 13. 7; L. 3 pr. L. 12 § 5. L. 21 pr. D. qui pot. in pign. 20. 4.

(32) L. 17 D. de cond. furt. 13. 1; L. 8 pr. D. h. t.

(33) L. 29 D. h. t.

petano alla nuova obbligazione in forza della sua propria natura (33). Per converso, il debitore perde tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'antico debito (34). Nè altrimenti, trattandosi di obbligazioni correali, la novazione operata da un correo produce l'effetto di estinguere il debito o il credito per tutti, sia che il nuovo debito venga contratto fra uno dei correi e la parte contraria, sia che venga contratto fra il creditore e un terzo, che si offra come debitore della nuova obbligazione (35).

Tutto ciò peraltro non valeva a rigore se non nel caso di una novazione volontaria. Quant'è alla contestazione della lite e alla *res judicata*, producevano anch'esse durante l'epoca del processo formulare questo effetto di estinguere la prima obbligazione e surrogarne un'altra, il che soleva esprimersi proverbialmente così: *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere;* ma non vi è una perfetta identità tra la novazione volontaria e la necessaria. Perchè, anche prescindendo dal fatto che questa si operava, come vedemmo, quando direttamente, *ipso jure*, quando indirettamente, *ope exceptionis,* non si estinguevano colla obbligazione principale anche gli accessori di essa (36). Soltanto i fideiussori erano per ispeciali motivi liberati insieme col debitore principale (37): ma continuavano invece i *privilegia exigendi*, quand'anche si fosse mutata la persona del debitore (38); continuavano i diritti di pegno (39); continuavano gl'interessi (40), e va dicendo. Similmente restava pur sempre una obbligazione naturale; dimanierachè il pagamento era fatto validamente e irrevocabilmente (41), e il credito poteva servir di base a nuove fideiussioni e diritti

(34) L. 12. 19. 33. D. h. t.; L. 4 § 20 D. de dol. exc. 44. 4; L. 78 § 5. D. de jure dot. 23. 3.

(35) L. 20 D. ad S. C. Vell. 16. 1; L. 31 § 1 D. h. t.

(36) L. 29 D. de nov. 46. 2.

(37) L. 28 C. de fidej.

(38) L. 22 D. de tut. et rat. distr. 27. 3.

(39) L. 11 pr. D. de pign. act. 13. 7; L. 13 § 4. D. de pign. 20. 1; cf. L. 13 D. quib. mod. pign. 20. 6.

(40) L. 35. D. de usur. 22. 1; L. 1 C. de judic. 3. 1.

(41) L. 60 pr. D. de cond. ind. 12. 6.

di pegno (42), e dar diritto alla compensazione (43). Nè tanta diversità dee far meraviglia per poco si pensi al carattere necessario della novazione processuale e alla sua destinazione pratica.

---

6. La impossibilità della prestazione.

Brandenburg, principia quaedam generalia de damno casuali eiusque praestatione. Gott. 1793. **Glück**, IV p. 368 seg. cf. anche XIII p. 37 seg. XVII. p. 126 seg. **Wächter**, wer hat bei Oblig. die Gefahr zu tragen? (Arch. f. civ. Prax. XV. n. 6. 9). cf. il medes. doctr. de cond. causa data c. n. s. Tob. 1822 p. 41 seg. **Hesshirt**, nella sua Zeitschr. II. p. 374 seg. **Hepp**, die Zurechnung auf dem Gebiete des Zivilr. insbes. die Lehre v. den Unglücksfällen Tob. 1838. p. 31 seg. **Madai**, die Lehre v. der Mora p. 277 seg. **Schilling**, bei krit. Iahrb. di Richter 1838 p. 250 seg. **Wolff**, zur Lehre v. der Mora p. 126 seg. **Wening-Ingenheim**, Schadenersatz p. 239 seg. **Fuchs** nell'Arch. f. die civ. Prax. vol. 34. **Beatz**, casuell. Untergang obl. R. (Giess. Zeitschr. N. S. XV. 11). **F. Mommsen**, die Unmöglichk. der Leistung (Beitr. z. O. R. II). Brunsw. 1853. **Bourbeau**, Theorie des risques et périls dans les obligations en droit romain et en droit français. Parigi 1865. **Goose**, de casu quaedam observationes. Berl. 1866. **Vangerow** § 591.

Perchè la impossibilità abbia l'effetto di estinguere la obbligazione è necessario che sia assoluta; e le nostri fonti distinguono opportunamente a questo riguardo l'*impedimentum naturale* dalla *causa difficultatis* (1). In questa non vi è che un ostacolo relativo, in quello l'ostacolo è assoluto. Perciò, trattandosi di obbligazioni dirette a una quantità di cose o ad un *genus*, il debitore non potrà certo accampare la impossibilità della prestazione. Una assoluta impossibilità non è neppure immaginabile in queste cose, *quia genus non perit, quantitas non perit*, e il debitore risponde naturalmente anche del pericolo (2). Qualora invece si tratti di prestazioni che hanno per obbietto una specie o un fatto, converrà distinguere prima di tutto se la impossibilità derivi da una colpa o dal caso.

Se il debitore stesso è in colpa, e questa colpa è tale che

(42) L. 8 § 3 D. de fidej. 46. 1.

(43) L. 8 D. de compens. 16. 2.

(1) L. 137. § 4 D. de V. O. 45. 1.

(2) L. 42 D. de jure dot. 23. 3; L. 30 § 5 D. ad leg. Falc. 35. 2; L. 1 § 2 — 4 D. de O. et A. 44. 7; § 2 I. quib. mo l. re contr. 3 14.

ne debba rispondere, la impossibilità non lo libera dalla obbligazione, ma ne muta solamente l'obbietto, perchè in luogo della prestazione a cui il debitore era veramente tenuto sottentra l' interesse.

Supponiamo invece che il debitore non possa soddisfare il creditore per semplice caso, cioè per un avvenimento che non poteva prevedere o che preveduto non poteva evitare; o anche, perchè torna tutt' uno, non possa soddisfarlo per una colpa di cui non sia tenuto a rispondere giusta l' indole della obbligazione. A carico di chi sta il danno? La questione è importante, ma dibattuta. Io credo col sommo Vangerow, che convenga distinguere.

Per le obbligazioni unilaterali vale la massima che la distruzione fortuita dell'obbietto distrugga *ipso jure* l' obbligazione e quindi il pericolo stia a carico del solo creditore (3).

Nelle obbligazioni bilaterali invece la questione è sciolta diversamente, a seconda che il debito è diretto alla prestazione di una cosa, alla concessione di un uso, o alla prestazione di determinati servigi. Noi considereremo partitamente questi tre diversi casi.

Se l' obbligazione, come nella compravendita, è diretta alla prestazione di una cosa e questa casualmente perisce, il debitore, che si trova nella impossibilità di adempiere la sua obbligazione, è completamente liberato da essa, nè ha l' obbligo di risarcire l' interesse, mentre ciononpertanto può esigere l'equivalente. Con altre parole, il pericolo sta sempre a carico del promissario, il quale o non ottien nulla, od ottiene solamente la cosa guasta dal caso, mentre dal canto suo è obbligato a prestare il correspettivo (4). Soltanto, trattandosi di un negozio

---

(3) L. 107 D. de solut. 46. 3; L. 5 § 4. L. 18. 23 D. commod. 13. 6; L. 14 § 1 D. depos. 16. 1; L. 1 § 4 D. de O. et A. 44. 7; L. 23. 33. 37. 83 § 5. D. de V. O. 45. 1; L. 98 § 8 D. de solut. 46. 3.

(4) Compra-vendita: § 3. I. de E. et V. 3. 23; L. 34 § 6. D. de contr. emt. 18. 1; L. 5 § 2 D. de rescind. vend. 18. 5.; L. 8. pr. D. de peric. et comm. rei vend. 18. 6; L. 14. 15 D. de jure dot. 23. 3; L. 4. 5. ult. C. de per. et comm. rei vend. 4. 48. — Contratti innominati: L. 5. § 1. D. de praescr. verb. 19. 5; L. 10 D. de cond. ob caus. dat. 4. 6. Nella L. 16 D. de cond. ca. da. ca. non sec. 12. 4 convien-

giuridico conchiuso sotto condizione, convien distinguere tra il *periculum interitus* e il *periculum deteriorationis*. Se la cosa perisce accidentalmente durante la pendenza della condizione, l'obbligazione cessa da ambi i lati; nè il promissario ha l'obbligo di dare l'equivalente, neppure nel caso che la condizione si effettuasse, perchè la obbligazione non potrebbe diventar perfetta, mancando di obbietto al momento in cui dovrebbe perfezionarsi (5). In quella vece se durante la pendenza della condizione la cosa non è perita, ma solamente diventata peggiore, il pericolo è tutto a carico del promissario, che deve contentarsi della cosa come al momento si trova, e prestare il pieno equivalente (6).

In modo affatto diverso è determinato il pericolo quando si tratta di obbligazioni bilaterali dirette alla concessione di un uso, p. e. una locazione e conduzione di cose. Sia che la cosa perisca o si deteriori, il pericolo è portato sempre dal promittente. Per cui se la cosa perisce, egli non ha già da risarcire alcun interesse, ma non ha neppure diritto al correspettivo (7); e se l'uso della cosa viene sensibilmente diminuito, egli deve acconciarsi ad una proporzionata diminuzione dell'equivalente medesimo (8). Manifestamente i Romani partivano dalla considerazione che la obbligazione del promittente si riproduca come ad ogni istante. Nondimeno s'intende che qualora il caso non si verifica nella cosa data ad uso, ma nella persona del promissario, tutto il pericolo è a carico del promissario stesso. Ancora, troviamo questa singolarità nella enfiteusi che il *periculum interitus* debba bensì colpire il proprietario, mentre il *periculum deteriorationis* è a carico dell'enfiteuta (9).

Simili principii, come nelle obbligazioni suaccennate, trovano applicazione anche a quelle obbligazioni bilaterali, che hanno

---

supporre che il servo sia morto prima ancora che fosse ricevuta la prestazione.

(5) L. 8 D. de per. et comm. rei vend; cf. L. 10 § 5 D. de jure dot. 23. 3.; L. 10 pr. D. de per. et comm. rei vend.; L. 5. C. eod.; Vat. fragm. § 23.

(6) L. 8 D. de per. et comm. rei vend.; Vat. fragm. § 16.

(7) L. 9 § 1. 4. L. 19. § 6. L. 33. D. loc. cond. 19. 2.

(8) L. 15 § 1 sqq.; L. 25 § 2. L. 27. pr. D. loc. cond.

(9) L. 1 C. de jure emph. 4. 66; § 3 I. de loc. 3. 34.

per iscopo la prestazione di determinati servigi, p. e. la locazione e conduzione di opere. Il promittente che per caso versa nella impossibilità di prestare i promessi servigi o di prestarli nel modo convenuto, ne porta il pericolo, di maniera che perde affatto o in parte il diritto al correspettivo, sebbene dall'altro canto non abbia neppur l'obbligo di risarcire l'interesse (10). D'altronde s'intende che qualora egli si trovi in condizione di prestarli e sia pronto a ciò, il promissario, che per caso è impedito di riceverli, deve cionondimeno corrispondere l'equivalente, o con altre parole ne porta il pericolo (11).

Tali sono le regole che valgono intorno al pericolo nelle obbligazioni. Da più lati, e anche ai dì nostri, si è tentato di ricondurle ad una formola generale: ma senza frutto. Molti degli antichi amavano di stabilir tutto sul principio: *casum sentit dominus:* ma questo principio, anche nella sua più ampia generalità, vuol dire soltanto, che ogni subietto di diritti reali perde il suo diritto sulla cosa colla distruzione della medesima, e non se ne può trarre mai la benchè menoma illazione per la nostra ben diversa domanda circa la influenza che il deperimento della *res debita* esercita sulla obbligazione. Infatti anche i sostenitori di questa dottrina si trovano nella necessità di aggiungervi tante restrizioni ed eccezioni che non rimane quasi nulla della regola. Il Wächter invece prende le mosse da questi due principii: *impossibilium nulla obligatio est,* e *casus a nullo prestantur:* ma, prescindendo anche dalla circostanza che questi due principii sono negativi, e quindi per ciò solo poco adatti a risolvere la presente dimanda; osservo, che potrà spiegarsi colla loro scorta perchè il debitore, perendo casualmente una specie, sia interamente liberato e non abbia neppur l'obbligo di prestare l'estimazione, ma essi non bastano a risolvere la questione, che è principalmente dibattuta, intorno all'equivalente, ove pur non si

(10) L. 13 § 1. 5. L. 15 § 6. L. 27 § 7 D. loc. cond. 19. 2.

(11) L. 19 § 9 10. L. 38. D. loc. cond.; cf. L. 61 § 1 D. eod. Nondimeno la L. 1 §. 3 D. de extr. cogn. 50. 13 sembra andare più in là; e alcuni in base ad essa hanno stabilito il principio, che nelle obbligazioni di fare il creditore debba portarne sempre il pericolo, quando l'adempimento ne sia mancato senza colpa del debitore. Io credo che essa non contenga se non una disposizione singolare per l'onorario degli avvocati.

voglia a forza introdurvi una significazione che non hanno. Il Madai finalmente stabilisce il principio, che il pericolo incomba a colui la cui obbligazione è perpetua, e forse intende dire, che quegli il quale può, debba anche adempiere sempre la sua prestazione; mentre quegli il quale per caso si trova nella impossibilità di adempierla è libero perciò anche dal suo obbligo. Ma se questo principio non è erroneo trattandosi di obbligazioni che hanno per obbietto la prestazione di una cosa, condurrebbe peraltro a risultati assolutamente erronei in altri rapporti obligatori, p. e. nella locazione e conduzione. Credo adunque che neppur esso possa servir di principio generale per la dottrina del pericolo nelle obbligazioni. Generalmente mi sembra più conveniente di fare astrazione da cotesti principii generali, e costruire invece, come abbiamo fatto sulle traccie del Vangerow, i principii per le singole specie principali della *obligatio* colla scorta della particolare natura della medesima.

---

7. La confusione.

Lauterbach, de confusione nelle Diss. acad. tom. I. n. 56.

Ogni obbligazione, come dicemmo, suppone almeno due persone determinate, perocchè nessuno possa essere creditore o debitore di sè medesimo; e quinci ne segue che la confusione, ovverosia la riunione delle qualità di creditore e debitore nella stessa persona, il che specialmente avviene per eredità, estingue *ipso jure* l'obbligazione nella proporzione medesima in cui cotesta riunione ebbe a verificarsi. Per cui se il credito e il debito si uniscono interamente nella stessa persona, l'obbligazione và interamente estinta; mentre se l'unione non è che parziale, anche la obbligazione non si estingue che parzialmente (1). Avvertiamo però una cosa. Tale estinzione non equivale ad una estinzione per pagamento, ma ad una estinzione per difetto di pagamento; onde Paolo ebbe a dire ottimamente:

(1) L. 71 pr. D. de fidej. 46. 1; L. 75. 95. § 2 D. de solut. 46. 3.

confusio potius eximit personam quam extinguit obligationem (2). Con altre parole, la estinzione non è sostanziale, come nel pagamento o nella accettilazione; la qual differenza è notabile per più riguardi.

Infatti se il creditore eredita il fideiussore o viceversa, la confusione ha naturalmente questo effetto di estinguere la fideiussione, ma non opera menomamente sulla esistenza della obbligazione principale (3). E perchè ciò? Perchè la confusione, piuttosto che estinguere la obbligazione, esime la persona.

Similmente se il creditore eredita uno dei più correi di debito, gli altri rimangono ciononpertanto obbligati, perchè la confusione non opera che subiettivamente (4).

Ancora, se l'atto, da cui derivò la confusione, viene rescisso, l'obbligazione estinta per confusione torna a rivivere (5). Per la qual cosa se il creditore fosse succeduto per testamento al proprio debitore, e gli eredi legittimi con la *querela inofficiosi* ottenessero la rescissione del testamento, il credito di lui, estintosi per confusione, riprenderebbe il suo pristino carattere.

In un caso la confusione non estingue punto le obbligazioni, cioè quando l'erede adisse l'eredità col beneficio dell'inventario. In questa ipotesi essa veniva tenuta come in sospeso; e l'erede poteva sperimentare i crediti che gli competevano contro il defunto, non altrimenti che un terzo qualunque, il quale non fosse punto erede (6).

Tanto sulla confusione propriamente detta. I Romani però applicarono questo vocabolo anche al caso, in cui più crediti o debiti che originariamente spettavano o incombevano a più persone diverse, si unissero più tardi in una sola e medesima persona. Naturalmente si suppone che queste varie obbligazioni sieno identiche quanto alla prestazione che ne forma l'obbietto; e posta questa identità dell'obbietto, sarà chiaro che non pos-

(2) L. 71 pr. D. de fidej. 46. 1.

(3) L. 43 D. de solut. 46. 3; L. 21 § 3. L. 71 pr. D. de fidej. 46. 1.

(4) L. 71 pr. D. de fidej.

(5) L. 21 § 2 D. de inoff. test. 5. 2; L. 87 § 1 D. de A. v. O. H. 29. 2; L. 22 C. de inoff. test. 3. 28.

(6) L. ult. § 9 C. de jure delib. 6. 30.

(7) L. 13 D. de duob. reis const. 45. 2; L. 5. D. de fidej. 46. 1; L. 93 § 2 D. de solut. 46. 3.

sono coesistere cumulativamante, chè altrimenti la prestazione sarebbe dovuta due volte. Precisamente l'obbligazione più vantaggiosa *(plenior)* assorbe sempre le altre, e più obbligazioni ugualmente vantaggiose *(ejusdem potestatis)* continuano a sussistere alternativamente l'una accanto dell'altra (7). Per cui se il fideiussore diviene erede del debitore principale; o viceversa, se il debitore principale diviene erede del fideiussore, e ambedue queste obbligazioni sono obbligazioni civili, quella del reo principale assorbe naturalmente l'altra, perchè più piena, e il fideiussore come tale cessa di essere obbligato (8). Potrebbe però darsi che l' obbligazione principale fosse meramente naturale; e allora il di più, che giace in questa, viene contrabilanciato dal carattere civile della obbligazione accessoria del fideiussore: nessuna può dirsi più piena dell' altra e sussistono quindi alternativamente l'una accanto dell'altra (9). Per simile, quando un creditore o debitore correale succede ad uno dei suoi correi, nessuna delle obbligazioni concorrenti viene assorbita dall'altra, come quelle che sono *ejusdem potestatis;* per cui il successore potrà escutere od essere escusso alternativamente sia *ex persona propria* sia come erede del suo correo (10).

---

8. Il concorso di due cause lucrative.

De Retes, Opusc. lib. VII cap. 6. lib. VIII cap. ult. (Meerm. Thes. VI. p. 378 seg. p. 409 seg.). **Majans.,** Disp. jur. I. 7. **Rosshirt** nella sua Zeitschr. II. p. 24 seg. **W. Sell,** üb. die römisch-rechtliche Aufhebungsart der Obligationen durch conc. causar. lucrativ. Zurigo 1839.

Quando una persona ha diritto di esigere una cosa *ex causa lucrativa*, essa perde *ipso jure* il suo credito, se acquista la medesima cosa in forza di un altro titolo lucrativo, giusta il principio, che due cause lucrative non possono concorrere nello stesso indi-

(8) L. 5. 14. D. de fidej.; L. 38 § ult. L. 93 § 2 D. de solut.
(9) L. 21. § 2. D. de fidej. 46. 1; L. 95 § 3 pr. D. de solut. 46. 3.
(10) L. 13 D. de duob. reis 45. 2; L. 5. 21 § 1. D. de fidej. 46. 1; L. 93 pr. § 1 D. de solut. 46. 3.

viduo e circa la cosa stessa (1). Ma perchè abbia luogo l'applicazione di questa regola, fa mestieri anzitutto che si tratti di cosa determinata individualmente, e quindi di una specie (2). Ancora, è necessario che la cosa stessa, e non già la sua estimazione, sia stata acquistata a titolo lucrativo; ovverosia il diritto del creditore non si estingue che qualora egli abbia acquistata la cosa per altra via in natura (3). Per ultimo si suppone ch' ei l' abbia acquistata col medesimo diritto e in modo ugualmente vantaggioso (4). — Ove concorrano questi tre momenti, il concorso di due cause lucrative estingue *ipso jure* la obbligazione.

---

9. La cessazione dell'interesse da parte del creditore.

Come avvertii in altra occasione, ogni obbligazione perchè possa avere origine suppone, che il creditore abbia un interesse alla prestazione del debitore (1); e sebbene non sia punto necessario che questo interesse consista direttamente in pecunia (2), ciononpertanto ei deve almeno presentare la possibilità di una valutazione in denaro. Che se una obbligazione non può nascere senza un interesse del creditore, ne segue molto naturalmente, che cessando questo interesse, debba anche cessare *ipso jure* l'obbligazione (3).

---

(1) § 6 I. de legat. 2. 20; L. 108 § 4 D. de legat. I; L. 21 § 1 D. de legat. III; L. 61 D. de solut. 46. 3; L. 17 D. de O. et A. 44. 7.

(2) L. 17 D. de O. et A. 44. 7; cf. L. 66. § 1. 2. D. de legat. II.

(3) § 6 I. de legat. 2. 20.

(4) L. 83 § 6. D. de V. O.; L. 34. § 8. D. de legat. I.

(1) v. L. 97 § 1 D. de V. O. 45. 1.

(2) L. 54 pr. D. mand. 17. 1; L. 6 pr. L. 7 D. de servis export. 18. 7.

(3) L. 8 § 6 D. mand. 17. 1; § 19 I. de inut. stip. 3. 19; L. 2 § 1. D. si quis in jus voc. 2. 5; L. 54. D. mand.

10. La estinzione della obbligazione in pena del creditore.

Linde, üb. die Selbsthülfe u. deren Privatstrafen (Giess. Zeitschr. I. 21). **Sartorius**, üb. das decretum D. Marci (Ib. XX. 1). **Benfey**, v. der Selbsthülfe nach röm. justin. R. (Rhein. Mus. VII. 1). **Thibaut**, üb. die Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen (Arch. f. civ. Prax. VIII. 5). **Burchardi**, Anwendung des Decretum Divi Marci bei zweiseitigen Obligationen (Ib. XVIII. 16). **Wendt**, Abh. u. Rechtsfälle. Monaco 1836. n. 1. **Vangerow** § 133. — **Gesterding**, cessio in potentiorem (Irrth. n. 12. 2). **Vangerow** §. 574 n. 2.

Vi sono dei casi in cui il creditore è privato del suo diritto, sicchè il debitore ne diventa libero; e ciò accade nella via di fatto, in alcuni casi di illecita cessione e nella tutela.

Il creditore che si fa giustizia da sè, non solo deve restituire ciò che ha preso, ma perde eziandio il suo credito a vantaggio del debitore (1), ammenochè questi non sia fuggitivo, e il creditore gli abbia tolto nella fuga ciò che poteva esigere da lui (2).

Parimenti era proibito di cedere le azioni a persone più potenti (3); nè i crediti esperibili contro un pupillo potevano essere ceduti al suo tutore (4), e nè tampoco era permessa la cessione di crediti litigiosi (5). Tutte coteste limitazioni vennero introdotte, come osservai altra volta, per impedire che ne andasse peggiorata la condizione del debitore: che se, in onta al divieto, la cessione avesse avuto luogo, il cedente doveva perdere il suo credito in vantaggio del debitore.

Per ultimo colui, il quale era chiamato ad assumere la tutela o curatela del suo debitore, doveva issofatto notificare il suo credito. Se il taceva deliberatamente ed assumeva la tutela, il debitore era liberato dal debito (6).

---

(1) L. 12 § 2. L. 13. D. quod metus causa 4. 2; L. 7 D. ad leg. Iul. 48. 7.

(2) L. 10 § 16 D. quae in fraud. credit. 42. 8.

(3) L. 2 C. ne liceat potentior. 2. 14.

(4) Nov. 72. c. 5.

(5) L. 2-4 C. de litig. 8. 37.

(6) Nov. 72 c. 4.

11. La rinuncia unilaterale.

Un rapporto di obbligazione bilaterale non può di regola venir tolto in forza di una semplice unilaterale rinuncia. Questo principio però non è senza eccezioni, le quali possono avere il loro fondamento sia in una speciale convenzione, sia in una disposizione di legge. Un diritto legale occorre nei contratti reali innominati, nel contratto di locazione, nella società e nel mandato. Del resto la rinuncia unilaterale, laddove è ammessa, opera sempre *ipso jure*.

---

12. La morte di una delle parti.

Alcuni rapporti obbligatori cessano *ipso jure* colla morte di una o l'altra delle parti; e ciò accade di frequente con quelle obbligazioni che derivano da delitto o quasi delitto. Cosi non passano agli eredi nè le azioni popolari (1), nè l'azione delle ingiurie (2) nè quella per calunnia (3); e parimenti egli è un principio del gius romano, da noi già avvertito, che le *actiones ex delicto* o *ex quasi delicto* non possono sperimentarsi contro gli eredi, se non *in quantum ad eos pervenit* (4), salvo in alcuni casi che debbono risguardarsi come eccezioni alla regola (5). In quella vece trattandosi di obbligazioni derivanti da convenzione, dobbiamo stabilire la regola affatto contraria, che non si estinguono punto per la morte di uno degli interessati. Nondimeno vi sono eccezioni. Così se il termine dell'adempimento di un obbligo contrattuale fu abbandonato all'arbitrio del debitore, il suo obbligo

(1) cf. L. 5. § 5. D. de his qui effud. vel dejec. 9. 3.

(2) L. 13 pr. D. de injur. 47. 10; § 1. I. de perp. et temp. act. 4. 2.

(3) L. 4 D. de calumn. 3. 6.

(4) L. un. C. ex del. def. 4. 17; cf. L. 5 pr. D. de calumn. 3. 6; L. 35 pr. D. de O. et A. 44. 7.

(5) L. 2 § ult. D. vi bon. rapt. 47. 8. — L. 7 pr. D. religios. 11. 7. — L. 9 D. de cond. furt. 13. 1; L. 7. § 2. D. eod.; L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1. — L. 6 § 4. D. rer. amot. 25. 2.

può cessare interamente colla morte di lui nel caso che muoia senza aver determinato il termine della prestazione (6). Oltrecciò v'hanno dei rapporti contrattuali, i quali essendo calcolati sull'individualità dell'uno o dell'altro contraente, non possono continuare nella persona dell'erede. Quì appartiene la locazione e conduzione di opere in alcuni casi, la società, il mandato, il *receptum arbitrii*, e il compromesso. Avverto da ultimo, che la *capitis deminutio maxima* e *media* erano pareggiate per molti aspetti alla morte fisica. Anzi certi rapporti obbligatori si estinguevano perfino colla semplice *capitis deminutio minima*, sebbene il pretore restituisse i creditori del *capite minutus* contro questa perdita, dando ad essi l'azione perduta (7).

II. Delle cause di estinzione che operano *per exceptionem*.

1. Il patto di non chiedere.

Völdendorff-Waradein, zur Lehre vom Erlass. Monaco 1750. **Scheurl**, Erlassvertr. nei suoi Beitr. II. 14. **Spangenberg**, das bei Nachlassvertr. gesetzlich gestattete Zwangsr. der Maiorität der Erbschaftsgläubiger gegen deren Minorität fällt hinweg, wenn die Erbschaft cum beneficio inventarii angetreten ist. (Giess. Zeitschr. VI. 6. 1). **Heffter,** die Behandlung der Gläubiger zur Erlangung eines Nachlassvertr. u. zur Abwendung eines Concurses (Arch. f. civ. Prax. X. 15). **Guyet**. üb. die Wirkung der Nachlassvertr. bei den Correaloblig. (Abh. n. 11). **Vangerow**, § 621.

Il patto, che i commentatori chiamano *de non petendo*, e che i Romani addimandavano: *pactum ne petatur*, *pactum conventum*, o anche semplicemente *pactum* o *conventio* (1), è quel patto per cui il creditore promette al debitore di non esigere il pagamento del debito. Di fronte al diritto pretorio, questo patto era quello che l'accettilazione di fronte al diritto civile. Nondimeno sono notabili più momenti che distinguono l'un istituto dall'altro.

Anzitutto il patto di non chiedere supponeva sempre una promessa ed una accettazione, e quindi, a differenza dell'*acce-*

(6) L. 46. § 2. D. de V. O. 45. 1.

(7) L. 2 pr. et § 1 D. de capite min. 4. 5.

(1) Gai. 3, 119; § 3 I. de exc. 4. 13; L. 2 § 1. L. 7. § 13 in f. L. 33 D. de pact. 2. 14.

ptilatio, era una vera convenzione. Oltrecciò, mentre l'accettilazione aveva luogo mediante parole, il patto di non chiedere non era legato a forma di sorta, ma bastava il concetto materiale della convenzione perchè avesse efficacia, onde non era necessaria neppur la parola, purchè la volontà risultasse da altri segni, per esempio da azioni concludenti (2). Ancora, l'accettilazione estingueva soltanto le obbligazioni verbali, od obbligazioni diverse, ma ridotte ad obbligazioni verbali; mentre il patto di non chiedere estingueva obbligazioni di qualunque genere, qualunque fosse la causa della loro origine, sia che derivassero da contratto o da delitto, da quasi contratto o da quasi delitto, e aveva dunque una efficacia più estesa che l'accettilazione.

D'altra parte, essendo essa una convenzione, non poteva avere l'effetto di estinguere l'obbligazione *ipso jure*, ma limitava soltanto l'azione di essa, facendola una obbligazione iniqua, e quindi non dando che una eccezione introdotta dal pretore, la quale paralizzava l'azione che il creditore avesse sperimentato. Con altre parole: esso non procurava che una liberazione naturale che si faceva valere mediante un'eccezione, ciò che le nostre leggi esprimono colle parole: *non omnimodo dissolvuntur* (3); ma d'altra parte l'eccezione distruggeva anche l'elemento naturale della obbligazione, a cui era opposta. Infatti era lecito ripetere come indebito ciò che fosse stato pagato da chi, potendo opporre l'eccezione del patto remissorio, aveva per errore tralasciato di farlo (4). Solo eccezionalmente il patto remissorio operava l'estinzione della obbligazione *ipso jure;* qualora cioè si fosse trattato di obbligazioni puramente naturali (5), e per ispeciale disposizione di legge qualora l'obbligazione risultava da furto o da ingiuria (6).

Del resto la efficacia del patto di non chiedere per la estinzione della obbligazione può essere più o meno estesa, a seconda della volontà stessa. Qui non abbiamo alcuna forma o

---

(2) L. 2 D. de pact. 2. 11.
(3) § 3 I. de exc. 4. 13; cf. L. 27 § 2. D. de pact. 2. 14.
(4) L. 32 § 1 L. 40 § 2 D. de cond. ind. 12. 6.
(5) L. 95 § 4 D. de solut. 46. 3.
(6) L. 17 § 1 D. de pact. 2. 14.

segno esterno, come nella accettilazione, che esprima e faccia conoscere in modo non dubbio l'assoluto e il sostanziale della estinzione: ma ciò che domina è il relativo e il molteplice della volontà materiale che anima la convenzione con tutte le sue possibili gradazioni. Può darsi che il creditore prometta senza alcuna limitazione al debitore di non esigere il pagamento del debito; ma può anche rimetterglielo solo parzialmente, o per un dato tempo, p. es. per un determinato numero di anni, o durante la vita del creditore o debitore, o con altre restrizioni relative al luogo o a qual si sieno modalità. Tra tutte sono importanti due forme di questo patto: il patto di non chiedere *in rem* e il patto di non chiedere *in personam;* dei quali questo non mimirava che al rapporto subiettivo della obbligazione, quello, almeno nella intenzione se non anche interamente nell'effetto, alla sostanza. Intorno all'uno e all'altro è prezzo d'opera che ci occupiamo piu di proposito.

Precisamente il patto *de non petendo* è concepito *in personam*, quando è ristretto a determinati individui, cioè quando è fatto soltanto per riguardo alla persona del creditore o per riguardo alla persona del debitore. Nel primo caso e' può essere opposto al creditore, come a colui che si è obbligato di non esigere il pagamento, ma non anche agli eredi di lui, chè il creditore ha contratto quell'obbligo solamente per la sua persona (7). Nel secondo caso e' non può essere opposto che dal debitore, perochè il creditore abbia promesso soltanto di non esigere il pagamento da lui, senza rinunciare per nessun altro riguardo ai suoi diritti (8). Per ciò non giovava punto agli eredi (9), nè ai fideiussori (10); nè il debitore correale poteva punto prevalersi del patto conchiuso in favore della persona di un altro correo (11).

In quella vece il patto di non chiedere, quando è concepito *in rem*, non mira, come dissi, al rapporto subiettivo dell'obbligazione, ma alla sostanza di essa, per cui non è ristretto a de-

(7) L. 57 § 1 D. de pact. 2. 14.
(8) L. 7 § 8 D. de pact.
(9) L. 17 § 3. L. 25. § 1. L. 57. § 1 D. de pact.
(10) L. 22 D. de pact.
(11) L. ult. D. de duob. reis const. 45. 2.

terminati individui. Precisamente, avuto riguardo alla persona del creditore, il patto è *in rem*, quando il creditore si obbliga senz'altro di non esigere il pagamento, senza limitare quest'obbligo alla sua persona; e dà quindi un'eccezione per respingere l'azione che fosse intentata dal creditore e dai suoi aventi causa. Avuto riguardo alla persona del debitore, il patto è concepito *in rem*, quando il creditore si obbliga senz'altro di non esigere il pagamento, senza limitarsi alla persona di colui col quale conchiude questa convenzione; per il che la eccezione è accordata non solo al debitore ma eziandio a' suoi aventi causa (12). Naturalmente lo stesso patto può essere concepito *in rem* per riguardo al creditore e *in personam* per riguardo al debitore, o viceversa (13). Guardiamoci per altro dal credere che tal patto, quantunque miri alla sostanza della obbligazione, estingua questa per tutti i rispetti. Anche nel *pactum in rem* giova tener fermo il principio: che si può conchiudere una convenzione solo in vantaggio proprio, ma non anche in vantaggio altrui; e l'altro: che si può pattuire qualche cosa in proprio danno, ma non anche in danno di terze persone. Precisamente non essendo possibile una convenzione se non in proprio vantaggio, ne segue, che se uno di più debitori ha conchiuso un tal patto *in rem*, questo non può dare un' eccezione agli altri che in quanto il paciscente vi sia interessato. Ecco perchè il fideiussore potrà attingere un'eccezione al patto del debitore principale, perchè questi deve rimborsarlo, ma non anche viceversa (14). Ecco parimenti, perchè il patto di un *correus debendi* non giovi agli altri, se non nel caso che il rapporto faccia luogo ad un regresso, e quindi nell'ipotesi che questi sian soci (15). Dall'altro canto non essendo possibile di pattuire qualche cosa in danno d'altri, ne segue che se un creditore correale ha fatto col debitore un patto *in rem*, gli altri *correi credendi* non ne possono essere pregiudicati (16).

La questione intesa a decidere se un patto di non chiedere

(12) § 4 I. de replic. 4. 14; L. 27 § 2. D. de pact. 2. 14.
(13) L. 57 § 1 D. de pact.
(14) L. 21 § ult. L. 22. 23. 32. cf. L. 24 D. de pact.
(15) L. 23. 25 pr. D. de pact.; L. 9 § 1. D. de duob. reis 45. 2.
(16) L. 27 pr. D. de pact.

sia in un dato caso concepito *in rem* oppure *in personam*, è questione d'interpretazione di volontà, e quindi non può risolversi se non giusta il tenore della convenzione e intenzione delle parti. La formula *ne a se petatur* è usata di preferenza nel patto *in personam* (17); quella più generale *ne petatur* vuol essere intesa di un *pactum in rem* (18). Nel dubbio si presume che il patto sia concepito *in rem* (19).

Generalmente questi patti remissori sono liberi: ma già dicemmo in altra occasione, là dove si parlò del pagamento, che trattandosi di una eredità molto aggravata, la maggioranza dei creditori poteva rimettere all'erede parte del debito, qualora egli non volesse adire l'eredità o immischiarsi in essa che a questa condizione; e tale accomodamento, confermato dal magistrato, aveva effetto di vincolare anche la minoranza, ad eccezione dei creditori pignoratizi (20). Questa istituzione coattiva, che trovo già nel diritto classico, è simile a quell'altra che incontrammo nel diritto giustinianeo rispetto al contratto di proroga, che è pure un *pactum de non petendo* limitato a un tempo determinato.

---

2. La compensazione.

Tit D. et C. de compensationibus (16. 2 — 4 31).

Glück XV p. 59 seg. **Krug**, die Lehre v. der Compensation Lips. 1833 **Hartter**, das römisch-deutsche R. der Compens. Monaco 1837. **Brinz**, die Lehre v. der Compens. Lips 1849. **Scheurl**, Beitr. n. 7. **Dernburg**, die Compens. nach R. R. Eidelb. 1851. **Bethmann-Hollweg**, Beitr. zur Lehre v. der Comp. (Rehin Mus. I. 50). **Sintenis**, v. der processual. Natur der Comp. (Giess. Zeitschr. XVIII 1). **Hartter**, zur Berichtigung der Theorie der compens. u. deductio (Ib. XIX. 6) **Reh**, wann darf der Richter die illiquide exceptio compensationis zur besonderen Ausführung verweisen? (Arch. f. civ. Prax. II. 17). **Hasse**, üb. die Comp. u. ihre Liquidität (Ib. VII. 9). **Tellkampf**, üb. d. Erforderniss der Liquidität bei d. Comp. (Ib. XXIII. 11). **Krug**, üb. die röm. rechtl. Auffassung der compensatio (Ibid. XXV. 6). **Seuffert**, üb. de Comp. einer Forderung auf Rechnungs-Ablage mit einer Geldforderung (Ibid. III. 13). **Gensler**, Ibid. n. 14 **Seuffert**, Ibid. XI. 16. 6 **Valett**, nach dem

---

(17) L. 17 § 3. L. 21 § 5. L. 22 D. de pact.

(18) L. 28 § 2. L. 57. D. de pact.

(19) L. 7 § 8. D. de pact.; L. 21 in f. L. 22 D. eod; L. 9 D. de prob. 22. 2; § 4 I. de replic. 4. 14.

(20) L. 7 § 17. 19. L. 8 - 10 pr. D. de pact.

Iustinianischen Rechte können auch solche Ansprüche, die auf ungleichartige Gegenstände gerichtet sind gegeneinander compensirt werden (Abh. n. 3). **Gesterding**, üb. die Zulässigk. der Comp. bei dingl. Klagen (Ausb. III. 6). **Ubbelohde**, üb den Satz ipso jure compensatur. Gott. 1858. **Brinz**, ipso jure compensari (Iahrb. des gem. d. R. I. 1857). **Vangerow**, § 618.

I. La compensazione è il pareggio del mutuo credito e debito che esiste fra le stesse persone, o l'imputazione reciproca di ciò che una parte deve all'altra (1). Propriamente il fatto che due persone si trovano debitrici l'una verso l'altra non può esercitare alcuna diretta influenza sui debiti, che a rigore di diritto continuano ad esistere entrambi. Nondimeno parve contrario ad equità (2), che un creditore potesse esigere il pagamento del suo credito da una persona a cui dovrebbe nello stesso istante pagare un debito equivalente. Si suppone adunque che il creditore il quale domanda il pagamento abbia già pagato il reo, e questi alla sua volta lo abbia pagato con quello stesso che ne ha ricevuto. Per dirla in altri termini, l' idea che campeggia nella compenzione è la finzione di una *mutua solutio* (3), onde il Noodt l'ebbe felicemente a deffinire: *mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta.* Sarebbe però errore il credere che questo principio di equità fosse ammesso fin dalle prime in tutta la sua estensione: che anzi e' non si svolse che successivamente, ed è prezzo d'opera di considerarne le varie fasi.

Tanto è certo che la compensazione poteva verificarsi anche in gius antico nei giudizi di buona fede, quando i crediti derivavano dalla stessa causa, *ex eadem causa*, cioè dal medesimo contratto di buona fede; perchè in questi giudizi il giudice aveva facoltà di prendere cognizione *ex officio* di qualunque circostanza fondata sull'equità, quantunque non contenuta nella formula trasmessagli dal pretore. Ogni controcredito adunque, purchè derivasse dallo stesso rapporto giuridico, poteva venir detratto, naturalmente dietro domanda della parte, ma senza che fosse necessaria una speciale *exceptio:* anzi piuttosto grazie alla semplice interpretazione della formula, e quindi *ipso jure;* perchè non si può dire di nessuno, che debba dare *ob eam rem ex fide bona* più di quello che importa il negozio giuridico in

(1) L. 1 D. h. t. 16. 2.
(2) L. 18. pr. D. h. t.; L. 5. 6. C. h. t. 4. 31; L. 1 C. rer. amot. 5. 21.
(3) L. 76 D. de V. S. 50. 16.

questione (*ea res*) dopo detratto il controcredito derivante da esso (4). Ma non andò guari forse, e il giudice, il quale daprima aveva accolta la compensazione solamente *ex eadem causa*, l'ammise anche quando il credito del reo convenuto derivava da un diverso rapporto giuridico; perocchè, sia che fosse uguale o diversa la causa dei crediti, l'attore il quale domandava ciò che sapeva potergli essere ridomandato, era sempre considerato come reo di dolo: *dolo facit qui petit quod redditurus est* (5).

Nei giudizi di stretto diritto la cosa stava diversamente, supponendo essi dei rapporti giuridici essenzialmente unilaterali, e non potendo il giudice prendere cognizione se non delle eccezioni contenute nella formula. Finchè prevalse la massima che non si potesse ammettere una compensazione se non quando i due crediti che si volevano compensare derivavano dalla stessa causa, essa non potè mai essere opposta nei *stricti juris judicia*, appunto perchè supponevano sempre una contestazione di una obbligazione unilaterale. Senonchè questa ragione doveva cessare non tosto nei giudizi di buona fede fu ammessa la compensazione *ex dispari causa*. Infatti la equità della compensazione si dischiuse la via anche nei negozi di stretto gius; e a detta di Giustiniano, il primo che permettesse di usare di cotal mezzo in questi negozi sarebbe stato Marco Aurelio (6): ma ne occorrono delle traccie anche in tempi anteriori (7). D'altronde era necessario che il reo convenuto opponesse *in jure* la *exçeptio doli*, che voleva essere inserita nella formula perchè il giudice potesse aver facoltà di accogliere la compensazione. Il perchè mentre nei giudizi di buona fede si diceva che la compensazione operavasi *officio judicis* od *ipso jure*, in quelli di stretto gius dicevasi in contrapposto che operavasi *ope exceptionis*. Sia poi che questa *exceptio doli* suonasse generalmente così: *si in ea*

---

(4) § 30 I. de action. 4. 6; Gai. 4. 61. 63; cf. L. 4. 10 D. h. t.; L. 4 C. eod.

(5) L. 8 pr. D. de doli exc. 44. 4; L. 173 § 3 D. de R. I. 50. 17; L. 44 § 1 D. sol. matr. 24. 3.

(6) § 30 I. de act. 4. 6.

(7) Gai. 4. 64. 68; L. 4. 5. L. 10 § 3. L. 15 D. h. t.

re nihil dolo malo actoris factum sit neque fiat (8), oppure più specialmente: *nisi dolo faciat actor qui quod invicem debet deduci non patitur*, tanto è certo che mediante questa *exceptio* il controcredito, di cui fosse contestata la sussistenza, poteva venir discusso e investigato *in judicio*. D'altronde è pur certo che mediante un *arbitrium judicis* pronunciato in conformità di questa investigazione, l'attore poteva ancora senza pericolo ammettere volontariamente che venisse detratta la somma della compensazione che era stata liquidata; e nel caso che non facesse questo, ma si opponesse ostinatamente alla detrazione, doveva, grazie al modo ond'era concepita la formola, non altrimenti che nel caso della *pluspetitio*, essere interamente respinto col suo credito, quantunque fosse liquido ed anzi maggiore del controcredito (9).

In due casi però la condanna aveva qualche cosa di particolare.

Un banchiere, *argentarius*, non poteva esigere il pagamento di quello che gli dovevano i suoi clienti se non deducendo ciò che egli medesimo doveva ad essi; ovverosia non poteva esperire che il saldo, *cogitur compensatione agere*, e in caso diverso incorreva in una *pluspetitio*. Il qual principio fu evidentemente suggerito ai Romani dalla considerazione, che i singoli pagamenti e gli altri affari, che un privato fa con un banchiere, son tutti, anche secondo le idee del commercio quotidiano, intimamente collegati fra loro ed hanno la destinazione di operare degli effetti giuridici non già separatamente, ma solo nella loro unità e concentrazione, cioè nel loro saldo. Del resto non era ammessa la compensazione che dei debiti esigibili della stessa natura e specie: *pecunia cum pecunia, triticum cum tritico* (10).

Parimenti il *bonorum emptor* non poteva agire contro i debitori della massa del fallito se non con riserva di una simile deduzione nella condanna: *cum deductione agere debet*. L'avversario cioè non poteva essere condannato se non in quello che sopravvanzava, *deducto eo quod invicem sibi defraudatoris no-*

(8) Gai. 4, 119.

(9) Gai. 4, 123 seg.; cf. § 10. I. de exc. 4. 13. La testimonianza contraria di Teofilo ad § 30 I. de act. è priva di autorità.

(10) Gai. 4, 64. 66-68.

mine debetur; dove è anche da avvertire che obbietto della deduzione erano non solo i debiti esigibili della stessa natura e specie, ma qualunque debito di cosa fungibile, quand'anche non fosse scaduto, evidentemente per rendere possibile la liquidazione generale richiesta dal concorso. Il che non si avrebbe potuto ottenere nè *ipso jure* in un giudizio di buona fede, nè *per exceptionem doli* in un giudizio di stretto diritto: onde tutti senza differenza si vollero interamente trasformati, non all'occasione della *intentio*, che era così diversa tra essi, ma al momento della condanna (11).

Nel diritto giustinianeo era oggimai cessata la differenza tra i giudizii di buona fede e quelli di stretto gius; nè più esisteva la *pluspetitio* e i simili effetti dell'antico modo di concepire la formola, nè più l'antico processo di concorso o gli antichi argentari. Non poteva dunque mantenersi se non quella compensazione che era occorsa per l'addietro nei giudizi di buona fede, quella cioè che aveva operato *ipso jure* e non *per exceptionem* come nei giudizi di stretto gius, e che faceva luogo soltanto alla deduzione senza che l'azione potesse venire per essa assolutamente respinta. Qual meraviglia adunque che Giustiniano ordinasse che le compensazioni debbano farsi generalmente *ipso jure*, cioè come prima nei *bonae fidei judicia?* (12)

Nondimeno vi sono parecchi che a queste parole ascrivono un significato diverso, che cioè la compensazione si operi per la sola forza della legge, persino all'insaputa dei debitori, grazie al solo fatto che le due obbligazioni esistevano contemporaneamente in un dato momento. Questa interpretazione, la quale è contraria ai principii generali sulla origine e la estinzione delle obbligazioni, e che condurrebbe a delle conseguenze pratiche incompatibili colla sicurezza delle transazioni civili, massimamente per ciò che riguarda l' esistenza dei diritti accessori; non può essere ammessa in diritto romano. E valga il vero. Qualora la compensazione si operasse per forza di legge, il debitore non potrebbe, come ne ha diritto, pagare il suo debito, negligendo scientemente di opporre la compensazione per esigere poi con

---

(11) Gai. 4, 65-68. Keller I. p. 576. seg.
(12) L. 4. 14. C. h. t.; § 30. I. de act. 4. 6.

azione separata il credito che ha negletto di compensare (13); perchè con tale supposizione egli avrebbe pagato un indebito, e il pagamento di un indebito fatto con conoscenza di causa costituisce un atto di liberalità. Ancora, se vi erano più crediti a carico dell'attore, il reo poteva scegliere a piacimento quello tra essi che voleva far entrare nella compensazione (14); ma anche ciò sarebbe stato assolutamente inamissibile qualora la compensazione fosse avvenuta per forza di legge e non appena le due obbligazioni contrarie coesistevano; perchè in tal caso il debito più vecchio avrebbe operato prima degli altri. Insomma la compensazione non si opera *ipso jure*: ma il debitore deve espressamente opporla; e non solo per metterne a conoscenza il giudice e rendergli possibile di prenderla in considerazione, come sarebbe il caso con altri modi di estinzione che operano veramente *ipso jure*, p. es. col pagamento; ma per costituire il diritto stesso della compensazione e ottenerne gli effetti, che punto non otterrebbe senza una speciale allegazione (15).

II. Del rimanente perchè possa avervi compensazione, essa richiede il concorso delle condizioni seguenti:

1. Prima di tutto ci dev' essere identità nei subietti di ambe le obbligazioni, ovverosia il creditore dell'una dev'essere a un tempo il debitore dell'altra e viceversa (16); ed ecco perchè colui, il quale è debitore verso una determinata cassa publica, non può far entrare nella compensazione ciò che ha di credito con un'altra cassa, perchè le varie casse publiche vengono considerate come varie persone giuridiche (17). D'altronde questo principio patisce delle eccezioni.

Perchè l'erede forma una persona sola col defunto, quinci ne segue che può opporre ai creditori dell'eredità tanto i crediti che gli appartengono quanto quelli della persona a cui è succeduto come erede; ma viceversa anche i debitori dell'eredità possono far entrare nella compensazione tanto i crediti che

(13) L. 1 § 4. D. de contr. tut. act. 27. 4.

(14) L. 5 D. h. t.

(15) L. 2. 5. 10 § 2. D. h. t.; L. 1 § 4 D. de contr. tut. act. 27. 4; L. 20 § 2 D. de statu lib. 40. 7.; L. 6. 7. 8. 10 C. h. t.

(16) L. 18 § 1. L. 23. D. h. t.; L. 9 C. eod.

(17) L. 1 C. h. t.

hanno in confronto di lui quanto quelli che avessero in confronto del defunto (18).

Parimenti, perchè il cessionario è un *procurator in rem suam*, il debitore perseguitato da lui ha facoltà di compensare il suo debito con ciò che gli è dovuto sia dal cedente e sia dal cessionario stesso; come viceversa il cessionario, perseguitato dal debitore, può opporgli tanto il credito proprio quanto quello ceduto (19).

Non altrimenti l'unità di persone, che esiste tra il figlio di famiglia e il padre, ha fatto derogare al suaccennato principio, qualora si trattasse di un negozio bilaterale conchiuso dal figlio con una terza persona. Il padre cioè, che pel vincolo della *patria potestas* acquistava i diritti di lui, poteva sperimentare l'azione contro il terzo; ma questi aveva facoltà di opporre la compensazione di tutto ciò che in base a quel rapporto giuridico poteva pretendere dal figlio; come viceversa nel caso che il terzo sperimentasse l'azione contro il figlio, questi, prestando securtà per l'approvazione del padre, *sub cautione de rato*, poteva detrarre i crediti acquistati dal padre stesso per quel negozio (20).

Ancora, è conforme alla natura delle cose, che il fideiussore possa opporre in compensazione al credito garantito, pel quale viene escusso, tanto un credito ch'egli stesso avesse contro l'attore quanto un credito del debitore principale, giusta il principio che il fideiussore ha tutte le eccezioni che competono al debitore principale contro il creditore (21).

Finalmente trattandosi di una obbligazione correale, ciascuno dei *correi debendi*, purchè soci tra loro, può far entrare nella compensazione il controcredito dell'altro (22).

Tutte queste però non sono che eccezioni; e sta quindi ferma la regola, che il credito e debito reciproco debbono verificarsi nelle stesse persone.

---

(18) Arg. L. 16 pr. D. h. t.
(19) L. 18. pr. D. h. t.
(20) L. 9 pr. § 1 D. h. t.
(21) L. 4. 5 D. h. t.
(22) L. 10 D. de duob. reis const. 45. 2.

2. È anche mestieri che i due crediti sieno validi (23); ma non importa che provengano *ex una eademque causa* oppure *ex dispari causa,* per cui ci potrebbe essere compensazione anche tra un credito proveniente da contratto e uno proveniente da delitto (24). Non importa nemmeno che ne sieno uguali o disuguali gli effetti, per cui anche un credito naturale può venir compensato con un credito civile (25). Parimenti non monta che uguali o disuguali ne sieno le modalità, onde p. es. un credito senza interessi può benissimo compensarne un altro che frutta interessi (26). Per ultimo, giusta una costituzione di Giustiniano non si fa differenza tra azioni personali o reali, per cui anche un credito risultante da un' azione reale ammette la compensazione secondo il nuovo diritto (27).

3. Occorre inoltre che i due crediti abbiano per obbietto delle cose fungibili della medesima specie; perchè ogni compensazione è una *mutua solutio,* e già sappiamo che il creditore non può essere costretto ad accettare altra cosa fuor quella che gli è dovuta. Non si potrebbe quindi compensare grano con vino o con denaro (28). In quella vece non è punto necessario che i due crediti ammontino alla medesima somma; per cui anche una quantità minore può compensarne una di maggiore, naturalmente fino alla reciproca concorrenza (29).

4. Si esige pure che i crediti sieno incondizionati e scaduti (30); perchè se il credito che si vuole opporre in compensazione è condizionato, finchè non si avvera la condizione, non è per anche un credito; e se non fosse scaduto, si verrebbe indirettamente ad obbligare il creditore a pagare prima della scadenza. Del resto il *tempus judicati,* cioè il termine accordato dalla esecuzione non si considera come vero *dies* (31).

---

(23) L. 14. D. h. t.
(24) L. 10 D. h. t.
(25) L. 6 D. h. t.
(26) L. 11. 12 D. h. t.
(27) L. 14 pr. C. h. t.
(28) Gai. 4, 66; L. 4. 8 C. h. t.
(29) § 39 I. de act. 4. 6; L. 5 C. h. t.
(30) L. 7 pr. L. 16 § 1 D. h. t.
(31) L. 16 § 1 D. h. t.

5. Un ultimo requisito è la liquidità, giusta una costituzione di Giustiniano; ma intendiamoci bene: la legge richiede solo una liquidità relativa e non già una liquidità assoluta. In altri termini non è punto necessario che il credito il quale viene opposto in compensazione sia pienamente provato fin dalle prime; ma la prova della eccezione di compensazione non deve essere neppure così avviluppata da richiedere degli atti di procedura fuori di ogni proporzione colla prova della domanda. Lo scopo della legge è manifestamente questo, che la compensazione non possa venire adoprata come mezzo per tirare troppo in lungo il processo; per cui obbliga il giudice a respingere la compensazione riservandola ad altro separato giudizio (32).

Senza il concorso di queste condizioni non vi può essere compensazione; ma anche trovandosi riunite tutte, essa non può aver luogo:

1. Contro la domanda di restituzione di un deposito (33).

2. Contro la domanda di restituzione di una cosa posseduta illegalmente per un delitto, segnatamente per violenza o per furto (34).

3. Parimenti non trova applicazione contro certi crediti del fisco, quali erano i tributi e gli stipendi, il prezzo dovuto per la compera di cose fiscali e ciò che si doveva per causa della annona (35).

4. Per ultimo anche alcuni crediti dei comuni non ammettevano compensazione, e precisamente quelli *ex Kalendario*, cioè i mutui fruttiferi di danaro, i dazi, i tributi ecc. (36).

III. Quant'è all'effetto della compensazione, esso è di operare la reciproca estinzione dei due debiti fino alla concorrenza delle rispettive somme (37). E non solo questo: ma quando uno dei due creditori fa uso del suo diritto di eccezione, ambedue i crediti vengono retroannullati, vale a dire estinti fino dal momento in cui si trovano coesistere, non altrimenti che se allo

(32) L. 14. § 1 C. h. t; cf. § 30 I. de act. 4. 6; Theoph. ad h. l.
(33) L. 11 C. depos. 4. 34; L. 14 § 1 C. h. t; § 30 I. de act. 4. 6.
(34) L. 14 § 2 C. h. t.
(35) L. 46 § 5. D. de jure fisci 49. 14; L. 7. C. h. t.
(36) L. 14 § 2 C. h. t.
(37) L. 4 C. h. t.

istante medesimo della loro coesistenza avesse avuto luogo un reciproco pagamento. Insomma essa è efficace *ex tunc*, cioè fin dal momento iu cui si verifica la compensabilità: *Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet, ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur, quoad concurrentes quantitates* (38). Il qual principio è gravido di pratiche conseguenze; e in specialità questa, che nessuna delle due parti potrebbe domandare gl' interessi del tempo intermedio (39). Oltrecciò la pena aggiunta ad una delle obbligazioni, non poteva dirsi incorsa perchè nel frattempo ne fosse passato il termine (40).

Il debitore che pagava per errore quello che avrebbe potuto compensare aveva la *condictio indebiti* per ripetere il pagato (41); mentre, come vedemmo più sopra, se ommetteva scientemente di opporre la compensazione, poteva ciononpertanto esigere separatamente il suo credito. Per conseguenza neppure una ommissione deliberata poteva produrre la perdita della obbligazione, nè poteva essere interpretata come una tacita rinuncia, se non col concorso di speciali circostanze, qualora si trattasse di vicini parenti (42).

Cosa avveniva però se il giudice non accettava la compensazione e condannava il reo al pagamento? Poteva questo creditore esigere ciononpertanto con una separata azione il suo credito, o aveva contro di sè la eccezione della cosa giudicata? Le nostre leggi distinguono, ed a ragione, considerando il motivo per cui la compensazione non fu accolta dal giudice. Se nol fu per insussistenza del credito, la cosa giudicata ostava a qualsiasi posteriore esperimento del credito medesimo. Se invece la compensazione fu respinta solo perchè priva di qualcheduna delle condizioni necessarie a compensare il credito, questo poteva essere poi fatto valere separatamente (43.)

(38) L. 4 C. h. t.; L. 14 C. eod.; § 30 I. de act. 4. 6; L. 7 C. de solut. 8. 43; L. 11 D. h. t.

(39) L. 4 C. h. t; cf. L. 11 D. eod; L. 5 C. eod.; L. 7 C. de solut. 8. 43.

(40) Arg. L. 31 § 1 D. de H. P. 5. 3.

(41) L. 10 § 1 D. h. t.; cf. L. 30 D. de cond. ind. 12. 6.

(42) L. 26 D. de prob. 22. 3.

(43) L. 7 § 1 D. h. t.; L. 1 § 4 D. de contr. tut. act. 27. 4; L. 8. § 2 D. de neg. gest. 3. 5; L. 30 D. de cond. indeb. 12. 6.

3. La esistenza di un *dies ad quem* o di una condizione risolutiva.

Se una obbligazione è stata contratta *ad conditionem* oppure *ad diem* essa continuerà di regola *ipso jure* anche dopo avveratasi la condizione o il termine: ma se il creditore volesse esigere il suo diritto, il debitore potrebbe opporgli una eccezione, il cui fondamento non è che un patto remissorio conchiuso fin dalle prime, per cui ne andrebbe distrutto anche l'elemento naturale della obbligazione (1). Nondimeno è da notare una cosa. Perchè questa regola possa trovare applicazione, è mestieri che la condizione o il termine si riferiscano immediatamente alla obbligazione medesima, e non abbiano unicamente per iscopo di determinarne il tenore.

Per es. Tizio affitta a Sempronio la sua abitazione per un anno: la fissazione di questo termine concerne manifestamente il tenore della obbligazione, e non la obbligazione stessa, ovverosia esprime unicamente la misura della prestazione dovuta; e la conseguenza è questa, che Tizio lasciando effettivamente l' uso dell' abitazione a Sempronio per un anno, ha veramente adempita la sua obbligazione: egli ha pagato, e con ciò la obbligazione ne rimane estinta *ipso jure*. Questo caso adunque non entra in alcun modo nei limiti della nostra regola.

Supponiamo invece che Tizio si obblighi verso Sempronio a pagargli per una volta una certa somma; ma non vuol essere obbligato che per un dato termine, trascorso il quale il creditore non deve aver più il diritto di esigere il pagamento, neppure nel caso che la somma promessa non fosse stata per anche pagata (2). In questa ipotesi la fissazione del termine risguarda veramente, non già la misura della prestazione, ma la obbligazione stessa; e se il termine è trascorso senza che il debitore abbia prestato ciò che aveva promesso, non si può dire che la obbligazione sia estinta per essere stata ademdita. Anzi a rigor di diritto essa non è punto estinta; ma se

(1) § 3. I. de V. O. 3. 15; L. 44. § 1. 2. D. de O. et A. 44. 7.
(2) .. 56 § 4. D. de V. O. 45. 1.

il creditore volesse farla valere ed esigerne l'adempimento, avrebbe contro di se una *exceptio*. Egli è in questo senso che un termine *ad quem* e una condizione risolutiva non operano se non *per exceptionem*.

Nondimeno havvi delle eccezioni a questa regola. Potrebbe darsi che le parti avessero stabilito fin dalle prime, cioè fin dal momento in cui fu conchiuso il contratto, che all'avverarsi della condizione e' si dovesse riguardare come non conchiuso. In questa ipotesi si avrebbe come un consenso contrario dichiarato in anticipazione, e siccome il consenso contrario opera *ipso jure* nelle obbligazioni consensuali, così parrà naturale che l'adempimento della condizione debba distruggere *ipso jure* la obbligazione medesima. Nondimeno questa eccezione è limitata per diritto romano a solo alcuni contratti.

---

4. Fatti processuali.

A. *La prescrizione estintiva delle azioni.*

Unterholzner, ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Lipsia 1828 § 10. 252-283. Il medes. Schuldverhältnisse I, § 245-250. **Reinhardt,** die usucapio u. praescriptio des R. R. Stoccarda 1832 § 109-132. **Löhr,** Zur Lehre v. der Verjährung der Klagen (Arch. f. civ. Prax X. 2). **Savigny** V, § 237-252. **Windscheid,** die Actio des röm. C. R. Düsseldorf 1856, p. 37 seg. **Heimbach,** nel Rechtslex. di Weiske XII, art. Verjährung —Il medes. üb. die Wirkung der Verjähr. der Klagen (Giess. Zeitschr I. 22). **Guyet,** üb die Wirk. der Klagverjähr auf das der Klage zum Grunde liegende Recht (Arch. f. civ. Prax. XI. 5). **Vermehren,** geht durch erlöschende Verjähr. wirklich nur die Klage od. auch das ders. zum Grunde liegende Recht unter (Giess. Zeitschr. II 9). **Buchholtz,** Abhandl. n. 30 p. 390 seg. **Büchel,** üb. die Wirkung der Klagenverjähr. (Civil. Erörter. I. 1. Marb. 1832 2 ed. 1847). **Rosshirt,** nella Zeitschr. für Civil. u. Criminalr. I. p. 156 seg. 390 seg. **W. H. Puchta,** üb. d. gerichtl. Klagen. Giessen 1833. **Mühlenbruch,** Comment. XXXV p. 462. **Pfordten,** de obblig. civ. in natur. transitu. Lips. 1843. **Fick,** quid intersit quoad vim tempore in jus exercitam. Cass. 1847, p. 46 seg. **Dahn,** üb. die Wirkung der Klagverj. bei Oblig. Monaco 1855. **Demelius,** nelle sue Untersuch. aus dem röm C. R. Weimar, 1856. **Bekker,** die Wirkung der Klagverj. (nei suoi Iahrb. IV. p. 408 seg.)

Il creditore il quale per un certo tempo non esperimenta le azioni che gli competono per far valere i propri diritti, non perde il suo credito *ipso jure:* ma ben può il decorso del tempo

fissato dalla legge fondare una *temporis praescriptio* contro l' azione derivante dalla obbligazione. Perciò l' obbligazione può estinguersi mediante eccezione; e infatti le nostre fonti ci rappresentano in più luoghi la *temporis praescriptio* come una causa estintiva delle obbligazioni. Non tutti però sono d'accordo circa la efficacia di cotesto istituto; perchè alcuni pretendono che estingua onninamente la obbligazione, mentre altri sono d'avviso che non distrugga se non l' elemento civile della medesima, ovverosia l' azione, lasciandone sussistere l' elemento naturale.

In verità all'epoca in cui tutte le azioni erano perpetue, nessun diritto si estingueva pel semplice trascorso del tempo; nè ciò fu mutato in seguito. Il pretore creando per un rapporto obbligatorio un'azione che dopo l'anno era prescritta, non faceva che innalzare alla potenza di obbligazione civile un vincolo che per l' addietro non aveva costituito che un' obbligazione naturale. Dopo trascorso l' anno senza che l' azione fosse stata intentata, le cose ritornavano nello stato di prima. Tal era l'unico effetto prodotto dalla prescrizione temporale nell'antico diritto. Le costituzioni imperiali poi non fecero che estendere a tutti i diritti confortati da azione il principio che originariamente era stato introdotto per le sole azioni pretorie. Ciò risulta dall' insieme delle leggi di Teodosio e dei suoi successori; e non ci vuol molto a comprendere che quanto valeva di queste ultime, deve oggimai trovare applicazione a tutti i diritti. Un altro argomento cel porge la imprescrittibilità delle eccezioni. Infatti se la *temporis praescriptio* estinguesse non solo l' azione, ma eziandio il diritto, dovrebbe estinguere a un tempo anche le eccezioni fondate su questo diritto, e ciò non è il caso. Che più? le leggi stesse sembrano venire in appoggio della nostra opinione; perchè leggo: il diritto d'ipoteca persiste e può essere fatto valere contro il debitore e i suoi aventi causa durante quaranta anni, vale a dire eventualmente ancora per dieci anni dopo la prescrizione del credito a sicurtà del quale è stata costituita l' ipoteca (1). Infatti ogni ipoteca suppone a sua condizione essenziale, che esista almeno una obbligazione naturale. Per tutto ciò m'induco a credere che la prescrizione temporale, se estin-

(1) L. 7. C. de praescr. XXX vel XL annor. 7. 39.

gue l'elemento civile dell' obbligazione, ne lascia però intatto l'elemento naturale (2).

B. *La cosa giudicata.*

Pfordten, bleibt eine naturalis obligatio übrig, wenn Iemand, der wirklich Schuldner war, freigesprochen wird? (Arch. f. civ. Prax. XXIV. 4). **Fein,** der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt (Ibid. XXVI. 7. 13).

Non altrimenti della prescrizione, anche la cosa giudicata estingue l' obbligazione, fondando per il reo la *exceptio rei judicatae*, la quale ha una diversa efficacia a seconda che si tratta dell'effetto negativo o dell'effetto positivo della sentenza. Quanto è all'effetto negativo, ovvero per ciò che riguarda alla semplice consumazione dell' azione, l'eccezione della cosa giudicata compete sempre al reo, qualunque sia il tenore della sentenza. In quella vece per ciò che concerne all' effetto positivo della medesima, notammo già in altra occasione, che una sentenza assolutoria ingiusta, la sola naturalmentente che quì si possa prendere in considerazione, distrugge bensì la obbligazione esistente *per exceptionem*, cioè *per exceptionem rei judicatae*, ma ne lascia sussistere un vincolo naturale (1). Per simile il giuramento, nei casi in cui ha l'efficacia della cosa giudicata, estingue la obbligazione su cui è stato portato.

---

5. La estinzione della obbligazione accessoria in seguito all'estinzione dell'obbligazione principale.

Rispetto a tutte le obbligazioni accessorie vale il principio, che si estinguono coll' estinguersi della obbligazione principale.

---

(2) Savigny, Sist. V. § 248. 251. Ilmedes., Trattato delle obbligazioni § 10. n. 10; Maynz, Trattato delle obbligazioni p. 493 e seg.

(1) L. 28. 60 pr. D. de cond. indeb. 12. 6.

In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores, hypothecae, pignora (1).

Per tal modo col debito principale cessa anche l'obbligazione degli interessi: vale a dire non si potrà quinc' innanzi esigerne degli altri (2); e precisamente, se il debito principale si è estinto *ipso jure*, il debitore è parimenti liberato *ipso jure* anche dall' obbligo degli interessi; mentre se il debito vien tolto *per exceptionem*, la stessa *exceptio* profitterà in seguito al debitore anche rispetto agli interessi.

Per simile cessa coll' obbligazione principale anche quella derivante da un contratto di pegno (3): ma si suppone che la obbligazione sia interamente estinta non solo nella sua estensione quantitativa (4), ma anche riguardo alla qualità, dimanierachè non ne rimanga neppure una obbligazione naturale (5). Soltanto la eccezione della cosa giudicata, quantunque non estingua l'elemento naturale della obbligazione, estingue nondimeno il diritto di pegno (6); ma questa non è che una eccezione alla regola. Viceversa vi sono anche casi nei quali il diritto di pegno continua, nonostante che la obbligazione principale sia estinta interamente e persino *ipso jure*. Così può darsi che il credito sia stato estinto per novazione, ma il creditore si abbia riservato il diritto di pegno ond'era garantito (7). Parimenti se vi sono più creditori pignoratizi, e il debitore lascia ad uno di essi il pegno in luogo di pagamento, il diritto di pegno continua (8), quantunque l' obbligazione del creditore pignoratizio sia interamente estinta. Per ultimo se un fidejussore, il quale ha costituito un diritto di pegno al creditore, vien poi ereditato

(1) L. 43 D. de solut. 46. 3.

(2) L. 11. 12. D. de compens. 16. 2; L. 4 C. eod. 4. 31; L. 19 C. de usur. 4. 32.

(3) L. 43 D. de solut. 46. 3.

(4) L. 9 § 3 pr. D. de P. A. 13. 7; L. 6 C. de distract. pign. 8. 28; L. 2 C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse 8. 29.

(5) L. 14 § 1 D. de pign. 20. 1; L. 2 C. de luit. pign. 8. 31; L. 59 pr. D. ad S. C. Trebell. 36. 1.

(6) L. 13. D. quib. mod. pign. 20. 6.

(7) L. 11 § 1 D. de P. A. 13. 7; L. 3 pr. L. 12. § 5. L. 21. pr. D. qui potior. in pign. 20. 4.

(8) L. 1 C. si antiquior creditor 8. 20.

dal debitore principale, non per questo il diritto di pegno si estingue, quantunque cessi l'obbligazione derivante dalla fideiussione (9). Anche questi casi però non sono che eccezioni alla regola; per cui sta fermo il principio che collo estinguersi della obbligazione principale si estingue eziandio il diritto accessorio del pegno.

Quant'è alla fideiussione, tanto è certo, che venendo il debitore principale liberato *ipso jure* dalla sua obbligazione, cessa *ipso jure* anche la obbligazione del fideiussore (10); ma per ciò che risguarda le eccezioni, già dissi in altra occasione che non tutte le eccezioni, che competono al debitore principale, competono egualmente anche al fideiussore. Infatti convien distinguere tra *exceptiones personae cohaerentes* ed *exceptiones rei cohaerentes*. Precisamente il fideiussore non può giovarsi di quelle eccezioni che sono legate alla persona del debitore, quale p. es. il beneficio di competenza (11); ma ha di regola tutte quelle che sono *rei cohaerentes* (12). — Ecco la influenza che l'estinzione del debito principale esercita sulla obbligazione accessoria.

(9) L. 38 § 5 D. de solut. 46. 3.
(10) pr. I. quib. mod. toll. oblig. 3. 29; L. 4 C. de fidej. 8. 41.
(11) L. 7 pr. D. de exc. 44. 1; § ult. I. de replic. 4. 14.
(12) L. 7 § 1 D. de exc. 44. 1.

TITOLO SECONDO

LE SINGOLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE PRIMA

OBBLIGAZIONI PROVENIENTI DA CONVENZIONE.

CAPO PRIMO

I contratti.

I. I CONTRATTI CHE SUPPONGONO UNA CAUSA CIVILE.

1. I contratti formali.

A. *Il nexum.*

Niebuhr, Röm. Gesch. I. 637-644. II. 667-673. III. 178-181. **Savigny,** üb. das alte römische Schuldrecht. Berlin 1834. **Scheurl,** vom nexum Erlang. 1839. **C. Sell,** de juris romani nexo et mancipio. Brunsw. 1840. **C. van Heusde,** de lege Poetelia Papiria Trai. ad Rhen. 1842. **Bachofen,** das Nexum. Basil. 1843. **Danz,** Gesch. des R. R. II. 1846, p. 85-106. **Huschke,** üb. das Recht des Nexum. Lips. 1846. **Walter,** röm. Rechtsgesch. II. p. 247 seg. **Giraud,** des noxi ou de la condition des débiteurs chez les Romains. Par. 1847. **Delters,** de manc. indole Bonn. 1854, p. 43 seg. **Voege,** de orig. et natura eorum quae apud Rom. per aes et libram fiebant Kil. 1856. **Lange,** röm. Alterthümer. Berl. 1856. 1862. I p. 127 seg. **Rein,** das Privatrecht der Römer 1858 p. 649-659.

Gli stessi giureconsulti romani erano discordi sulla significazione di questa parola: *nexum*. Essa deriva generalmente da *nectere (ligare, obligare)* (1), e significa ciò che viene legato od è stato legato, come *dictum*, *factum* ecc.; quindi un negozio obbligatorio, e precisamente tanto l'atto del nettere quanto la obbligazione medesima. Siccome però questa nessione si faceva colla forma della *mancipatio*, quinci si spiega come, abolito col tempo il nesso obbligatorio, e badando più alla forma che al suo scopo, si adoperasse la parola *nexum* anche in senso lato per indicare ogni affare solenne che si compiva *per aes et libram*, sia nelle trasmessioni della proprietà, sia nei pagamenti o che so io. Perciò Cicerone ebbe a dire: *nexum quod per libram*

(1) **Festus v. nectere.**

geritur (2); e Mamilio: *omne quod per libram et aes geritur in quo sint mancipia,* cioè compreso l'acquisto della proprietà o il trasferimento di un diritto su di una persona (3); ed Elio Gallo: *quodcunque per aes et libram geritur idque necti dicitur,* avvertendo che cadevano in questa categoria il testamento di mancipazione, la *nexi datio* e la *nexi liberatio* (4). Varrone peraltro disapprova quest'uso volgare, e consente nella sentenza di Muzio Scevola, secondo il quale il nesso andava inteso di quei negozi che fondavano una obbligazione, e non anche di quelli il cui scopo era di trasferire la proprietà, *quae per aes et libram fiunt ut obligentur, praeter quam mancipio detur* (5). Anche la legge delle dodici tavole aveva esattamente distinta l'una cosa dall'altra: *cum nexum faciet mancipiumque* ecc. (6). Propriamente si adoperavano le parole *mancipium* o *mancipatio* per indicare un negozio fatto *per aes et libram* all'uopo di trasferire la proprietà o il diritto su di una persona; mentre il *nexum* era più specialmente un negozio conchiuso *per aes et libram* all'uopo di contrarre una obbligazione la cui esecuzione era parata. Nondimeno l'uno e l'altro avevano questo di comune, che secondo l'antica consuetudine, confermata dalle dodici tavole, tutte le clausule che stavano in relazione con essa volevano essere religiosamente adempite.

Il nesso può essere definito così: un negozio conchiuso *per aes et libram* all'uopo di contrarre una obbligazione, per cui il debitore insolvente poteva venire arrestato non altrimenti che se fosse stato condannato dal giudice al pagamento del debito.

La forma di questo contratto constava adunque di due parti:

1. Il creditore pesava al debitore un pezzetto di bronzo alla presenza del libriprende che teneva la bilancia, e di cinque testimoni, che rappresentavano probabilmente le cinque classi di Servio Tullio (7). La natura simbolica di questo atto accenna

(2) Cic. de or. 3, 40.
(3) Varro L. L. 7, 105.
(4) Festus v. nectere.
(5) Varro L. L. 7, 5.
(6) Festus v. nuncupata; Cic. de or. 1. 57.
(7) Varro L. L. VI. 5; Cic. de or. 3. 40; Festus v. nexum; Gai. 1, 119.

a un tempo in cui il denaro non veniva pesato solo simbolicamente, ma seriamente e in via ordinaria, e fu quindi riferita da più scrittori a quell'epoca antica in cui i Romani non avevano per anche appreso a battere moneta. Niebuhr peraltro ha dimostrato plausibilmente che l'uso di pesare il denaro deve essersi praticato in Roma generalmente finchè non si conobbe altra specie di moneta che il rame. Allora circolavano monete romane di piede affatto diverso, ed oltre ad esse c'era il denaro delle città vicine. In tanta confusione non rimaneva che ricorrere alla bilancia: ma tutto ciò doveva mutarsi grazie alla introduzione della moneta d'argento (485 di Roma). Perchè, dovendosi allora badare al fino delle monete, la bilancia non parve più un mezzo sufficiente; e ciò che prima aveva servito a uno scopo serio non diventò che un simbolo.

2. La *nuncupatio* era pure un momento essenziale del *nexum*. Ambe le parti cioè dovevano pronunciare una formola adatta allo scopo obbligatorio del negozio, che si diceva *lex nexi*. La cui prima e naturale applicazione sarà stata per fermo ai veri mutui di pecunia, appunto perchè in sulle prime il denaro fu effettivamente pesato: nondimeno anche ogni altro debito pecuniario già esistente poteva essere consegnato in questa forma, non altrimenti che in una lettera di cambio, e Livio ce ne porge un esempio (8). In questo caso la bilancia non veniva naturalmente adoprata che come simbolo. La formola poi non si limitava alle generali, ma conteneva anche il dettaglio della obbligazione, come a dire la determinazione del tempo e luogo del pagamento, l'ammontare degli interessi, le specie di monete e simili. Tutte queste cose dipendevano dal libero arbitrio delle parti: ma una volta nuncupate, cioè nominate, correva obbligo ai contraenti di rispettarle, non altrimenti che nella mancipazione: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita jus esto* (9). Tutte ricevevano forma obbligatoria grazie alle parole solenni colle quali erano profferite, persino le clausule che altrimenti non sarebbero state obbligatorie, p. es. quella degli interessi.

3. L'arresto non era la conseguenza della promessa conte-

(8) Liv. 8, 28.
(9) Festus v. nuncupata; Cic. de off. 3, 16. de orat. 1. 39. 57.

nuta nella nuncupazione, ma giaceva nella natura medesima del nesso. Ciò appare e dalle parole di Varrone (10), e dalla esposizione delle tristi conseguenze del *nexum* e dalla notizia della sua abolizione. Se la clausula dell' arresto non fosse stata una parte sostanziale del *nexum* non si avrebbe avuto bisogno di abolirlo, e questa sua abolizione non si sarebbe risguardata come un sì grande beneficio della plebe. Precisamente il creditore otteneva un diritto sul corpo del debitore dopo scaduto il termine del pagamento, non altrimenti che se questi fosse stato condannato in giudizio a pagare una data somma; o per dirla in altri termini: poteva tradurlo immediatamente in sua casa e farlo lavorare come un servo fino alla estinzione del debito (11), e tenerlo in catene per impedirne la fuga (12), e persino batterlo con verghe (13). La condizione del *nexus* poteva dunque essere di fatto pareggiata alla servitù (14): ma vera servitù non era; perchè il debitore anche nell' arresto per debiti conservava la libertà e la cittadinanza, per cui il servizio militare non gli era interdetto (15). Egli conservava eziandio la potestà sui figli; ma questa era destituta di ogni valor pratico, perchè il diritto del creditore si estendeva anche sui figli di famiglia e sui nipoti (16). Nè altrimenti la sostanza, se pur ne aveva, restava giuridicamente al *nexus;* ma la sua facoltà di disporne era interamente paralizzata (17).

Come veggiammo adunque, l' arresto per debiti, che avea luogo in conseguenza del *nexum*, non era diverso da quello che succedeva a una condanna. La condizione del *nexus* e quella dell'*addictus* erano identiche: ma nondimeno l'una specie di ar-

(10) Varro L. L. 7, 105.

(11) Varro L. L. 7, 105; Liv. II, 23. 24. 27; VII, 19; VIII, 28; Dionys. IV. 9. 10; V. 53. 69; VI. 23. 26. 29. 37.

(12) Varro L. L. 1, 17; Colum. 1, 3; Dionys. V. 53; VI. 59. 79; XXI. 9; App. Samn. I. 1; Liv. II. 23.

(13) Liv. II. 23; VIII 28; Val. Max. VI. 1, 9; Dionys. VI. 26. 79. 82; XVI. 9; Zon. VII. 14.

(14) Varro L. L. 7, 105; Liv. II. 23; Dionys. V. 53; VI. 26. 58 seg. 79; XVI. 9.

(15) Liv. II. 24. 26; Dionys VI. 29. 37. 41.

(16) Dionys. VI. 26. 29. 37; Liv. II. 24.

(17) Dionys. VI. 37. 41.

resto non vuol essere confusa coll'altra. Se non differivano quanto agli effetti, erano però diverse quanto alla origine; perchè il *nexum* facea luogo a una esecuzione convenzionale, la condanna invece conduceva a una esecuzione pretoria. Ma il debitore non poteva egli opporsi a che il creditore lo traducesse immediatamente in sua casa? e qualora vi si fosse opposto, non era forse necessario di ricorrere al braccio della giustizia? Certo che sì: ma a ciò non occorreva gran cosa. Il tribunale non investigava punto il titolo della obbligazione; ma bastava che fosse mostrata la esistenza della promessa fatta col *nexum*, e ciò avveniva all'istante col mezzo dei testimoni, che pur dovevano intervenire all'atto. Come veggiamo, tra una esecuzione e l'altra ci correva; onde non a torto Dionisio in un passo molto pensato distingue tre classi di debitori: quelli pei quali non è ancora scaduto il termine del pagamento; quelli che dopo la scadenza sono devoluti ai creditori, vale a dire i *nexi*; e quelli che erano stati condannati in una causa civile e addetti ai loro creditori (18).

Il *nexum* adunque corrisponde esattamente ad una promessa fatta col mezzo di una cambiale. L'uno e l'attra s'accordano in ciò: che possono contrarsi tanto per la restituzione di un vero mutuo di pecunia, quanto per l'adempimento di un debito pecuniario già esistente. Ancora, ambedue sono legati a una forma artificiale: il *nexum* alla nuncupazione col bronzo e colla bilancia davanti ai testimoni; la promessa cambiaria alla lettera di cambio. Oltrecciò in ambı i casi la forma come tale fà luogo all'esecuzione personale; e ammessa o constatata la validità della forma, non si accetta alcuna eccezione materiale intorno alla causa della obbligazione (19).

Del resto questa misera condizione del *nexus* non era priva di ogni speranza. Certamente se non gli veniva fatto di sanare il suo debito, ei non poteva neppure pretendere alla libertà, e continuava a rimanere obbligato col corpo al creditore, finchè questi avesse trovato vantaggioso di servirsi dell'opera sua. Non ci consta almeno che la legge prescrivesse alcun termine, decorso il quale l'arresto per debiti avesse a cessare: ma dall'altro canto non ci consta neppure che questo arresto del *nexus*

(18) Dionys. VI. 83; v. anche V. 69; VI. 24. 37.
(19) Savigny V. S. II. 416; Walter R. R. G. II. p. 249.

potesse condurre all'*addictio* mediante la *manus injectio*, che accordava, come sappiamo, il triste diritto al creditore di vendere il debitore al di là del Tebro e persino di ucciderlo. A ciò sarebbe stata necessaria sempre una condanna, e quindi una cognizione di causa; chè la *manus injectio* non poteva aver luogo se non *pro judicato* (20). Invece poteva darsi che il *nexus* arrivasse ad estinguere il suo debito, o il creditore glielo condonasse: allora egli riacquistava la libertà; ma nè il pagamento nè il condono del creditore operavano da sè cotesto effetto. L'obbligazione cioè voleva essere sciolta appunto nel modo con cui era stata contratta. Il debitore alla presenza di cinque o più testimoni e del libripende pronunciava queste solenni parole: *quod ego tibi tot milibus eo nomine (iure nexi sum damna), solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremam;* poi coll'asse batteva la bilancia, e lo dava come in pagamento a colui da cui veniva liberato (21). Insomma era la stessa forma che si praticava anche allorquando il debitore era tenuto al pagamento in seguito a una condanna, *sive quid ex judicati causa debitum* (22); o nel legato di dannazione, quando il legatario liberava l'erede (23). La forma adunque non era affatto speciale del nesso, laonde Gaio la chiama con termine generale *solutio per aes et libram* (24): applicata al nesso, era detta più particolarmente *nexi liberatio* (25).

Così stavano le cose quando un grave colpo fu portato al nesso in sul principio del secolo quinto, correndo l'anno 428 di Roma. La plebe romana, ammessa definitivamente alla cittadinanza per Servio Tullio, aveva da quel momento allargata sempre più la cerchia dei propri diritti. Combattente prima per la preservazione dagli arbitrii patrizi, combattè poi per l'imperio e la partecipazione agli uffici. Il patriziato aveva cercato invano di evitare l'inevitabile caduta. Le leggi Licinie Sestie dischiudono il consolato alla plebe, che sarà di mano in mano e senza

(20) Gai. 3, 173; 4, 21. 25.
(21) Gai. 3, 174.
(22) Gai. 3, 173; Liv. 6, 14.
(23) Gai. 3, 175; Cic. de leg. II. 19-21.
(24) Gai. 3, 173.
(25) Fest. p. 265.

lotta ammessa alla dittatura, alla censura, persino alla pretura, non ostante la grande importanza che il patriziato ascriveva appunto a questo ufficio. Una nuova nobiltà del merito e delle cariche presiedette allora alla cosa publica; e tanto la nobiltà patrizia quanto la nobiltà plebea non mancheranno di accarezzare il basso popolo. Intanto la dominazione romana si estendeva più e più, e anche questa estensione non poteva a meno di esercitare un contraccolpo sul popolo e sulla nobiltà. Il popolo di Roma sentivasi sovrano al cospetto dei comuni soggetti: ma il sentimento del popolo sovrano doveva oggimai ribellarsi ogni qualvolta uno dei suoi, soggiacendo ai rigori della legge sui debiti, veniva aggiudicato in servitù al creditore. Infatti il malcontento assunse un carattere minaccioso (26), e fu allora che i consoli Petelio Libone e Papirio Cursore, correndo l'anno 428, fecero passare questa legge: *ne quis nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur*: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse* (27). Con altre parole furono mitigate le severe conseguenze del processo esecutivo *per manus injectionem* ogni qualvolta si trattava di debitori ordinari, che non dovevano tenersi *in compedibus aut in nervo*, e non vennero mantenute se non per coloro i quali erano obbligati al pagamento in forza di un delitto *(qui noxam meruisset)*. Col che non venne già meno nè l'*addictio* (28), nè la forma contrattuale del *nexum* (29): ma il debitore anche nell'arresto per debiti voleva essere quinc'innanzi rispettato come uomo libero e non tenuto in catene nè fustigato o venduto al di là del Tebro. In pari tempo fù stabilito: *ut omnes qui bonam copiam jurarent, ne essent nexi sed soluti* (30), per cui anche quei debitori che si trovavano già in arresto, dovevano esserne liberati purchè cedessero i loro beni (31), o promettessero con giuramento di sanare quanto

---

(26) Cic. de rep. 2, 34; Liv. 8, 28; Dionys. 16, 9.
(27) Liv. 8, 28.
(28) Gai. 4, 25.
(29) Gai. 3, 173.
(30) Varro L. L. 7, 105; Cic. de rep. 2, 34; Dionys. 16, 9.
(31) cf. Liv. 7, 21.

prima i loro debiti (32). Insomma la legge Petelia voleva riconosciuta la dignità del cittadino anche nel debitore; e questa parve cosa così importante, che Livio la chiama quasi un nuovo cominciamento della libertà della plebe: *eo anno plebei Romanae velut aliud initium libertatis factum est.*

Del resto sebbene la forma contrattuale del *nexum* non fosse abolita per la legge Petelia, nondimeno perdette con essa una buona parte della garanzia che aveva somministrato ai creditori; e a ciò si riferiscono anche le parole di Livio, che un *ingens vinculum fidei* fosse rotto per questa legge (33). Era naturale adunque che venisse soppiantata da altre forme contrattuali non garantite dalla esecuzione parata, le quali potevano oggimai provvedere, al pari del *nexum* e forse meglio, ai bisogni del commercio. Infatti sappiamo da Cicerone e da Livio che la forma del *nexum* non fu quinc'innanzi più praticata: *nectierque postea desitum* (34), *necti desierunt* (35). Perciò anche si osserva da Festo: *nexum aes apud antiquos* ecc. (36); e non importa che Gaio lo ricordi come un istituto capace di applicazione (37), perchè ciò prova soltanto che la teoria è una cosa e la pratica un'altra.

Prima di terminare però ci sia lecito esporre alcune opinioni emesse intorno al nesso. Egli è questo un punto molto dibattuto e gli scrittori sono ben lungi dall'essersi messi d'accordo.

Primo il Niebuhr tracciò la giusta via, facendo notare la differenza che passa tra il *nexum* e la ordinaria *addictio*: ma non la percorse intera sì da afferrare il vero carattere di questo istituto, che risguarda con Gronovio e Salmasio come una mancipazione eventuale o provvisoria che il debitore faceva di sè medesimo. Egli parte dal principio che l'uomo libero abbia potuto assoggettare sè stesso, la sua famiglia e il suo patrimonio alla potestà del creditore e diventare *mancipium* di lui, non badando alla circostanza che il *liberum caput in mancipio* è *servi loco*, e come l'uomo libero non poteva vendersi in ser-

(32) Tal. Her. c. 8.
(33) Liv. 8, 28.
(34) Cic. de rep. 2, 34.
(35) Liv. 8, 28.
(36) Fest. p. 165.
(37) Gai. 3, 173.

vitù, non si può ammettere neppure che potesse vendersi da sè in luogo di servo. Infatti leggo in Festo: *Deminutus capite appellatur..... et qui liber alteri mancipio datus est.* Ancora, questa mancipazione non doveva essere che condizionata: aver forza cioè solamente nel caso che il creditore non fosse stato pagato alla scadenza del termine, e dopo seguita l'*addictio*; mentre è noto che la mancipazione è tale istituto da non ammettere restrizione di condizione o di tempo (38). Arroge che sarebbe stata affatto superflua dal momento che la esecuzione supponeva l'*addictio*, la quale alla sua volta non era possibile che in seguito a una condanna. Il debitore obbligato in forza del *nexum* si sarebbe adunque trovato nè più nè meno nella condizione di qualunque altro debitore insolvente.

Nè più accettabile è l'altra opinione dello Scheurl e del Sell, che si tratti di una semplice mancipazione di opere e non della mancipazione della propria persona; perchè anche con questa variante regge l'obbiezione fatta al Niebuhr, che cioè una mancipazione condizionata è un'eresia, oltrechè resterebbe a mostrarsi, e Sell certamente non vi è riuscito quantunque ne abbia tentata la prova, come potessero manciparsi delle opere, che pur non erano *res mancipi*, ed anzi sono cose che neppur esistono, *res futurae*. Ad ogni modo una teoria, come questa, è troppo artificiale e sottile per corrispondere al carattere di un tempo che non badava se non al bisogno pratico e in cui non v'era per anche una giurisprudenza.

Primo il Savigny abbandonò l'idea di una mancipazione, ma parmi che neppure egli cogliesse nel segno. Egli è d'avviso che l'*addictio* giudiziaria non sia stata possibile in origine se non per un vero mutuo di pecunia o quando la obbligazione era stata rivestita della forma del *nexum* e pareggiata così artificialmente alla *pecunia credita*. Crede altresì che la legge Petelia abbia reso impossibile questa trasformazione, e quinc'innanzi non si applicasse l'*addictio* che ai veri debiti pecuniari. Senonchè fu dimostrato per Scheurl, Bachofen e Danz, che tale opinione non corrisponde alla verità storica. Infatti la *manus injectio* era la conseguenza di ogni condanna giudiziaria *(rebusque jure judica-*

(38) Vatic. fragm. § 329; L. 77 D. de R. I. 50. 17.

tis) (39), si prima (40) che dopo la legge Petelia (41), e precisamente sia che si trattasse di un mutuo di pecunia o di altro debito, e quindi anche nel caso che il debitore fosse condannato a restituire una cosa o ad altra prestazione personale (42).

L' Huschke finalmente, con grande apparato di erudizione commista a qualche fantasia, considera il nesso come una obbligazione, che essendo conchiusa davanti al popolo, aveva un carattere publico e accordava in ogni caso il diritto al creditore di arrestare e tradurre in sua casa il debitore dopo scaduto il termine del pagamento senza ricorrere al braccio della giustizia, quand'anche questi vi si opponesse. In questo senso costruì anche la formula della nuncupazione. Abolita poi per la legge Petelia la esecuzione privata nel caso del *nexum*, questa non potè più verificarsi che in seguito a un giudicato, e il *nexum* scomparve da sè perchè non procacciava oggimai alcuno speciale vantaggio, e sarebbe stata una inutile e grave formalità.

Il Savigny obbiettò, e a ragione, essere cosa mostruosa l'immaginare che la sola asserzione di un *nexum* abbia dato un sì grave diritto al creditore. Ma obbiettò eziandio, che l'abolizione del nesso, come fu intesa dall'Huschke, non avrebbe profittato menomamente ai debitori, perchè si sarebbero trovati nella identica condizione di prima. Bastava cioè, dice egli, che i creditori consegnassero i loro antichi crediti nella forma della stipulazione e muovessero azione in base ad essa: il giudicato non poteva far loro difetto, e ottenevano così ciò che avevano prima col nesso. Il Savigny per altro, che pur aveva stabilito un confronto tra il *nexum* e la lettera di cambio, non ebbe presente, quando fece questa obbiezione, la grande differenza che passa tra l'azione derivante da una cambiale e quella derivante da un documento qualunque di debito. Io credo che l'opinione dell' Huschke, lasciate da banda le fantasie, onde la rivestì, sia forse tra tutte quella che più si accosta al vero. Essa fu poi completata dal Walter.

(39) Gell. 20. 1.
(40) Gai. 4, 21; 3, 173.
(41) Gai. 4, 25.
(42) Gai. 4, 48.

B. *I contratti verbali:* *Obligationes quae verbis contrahuntur.*

L' obbligazione verbale è, come dicemmo, una obbligazione formale: una obbligazione la quale si fonda sul segno o sulla forma adoperata dalle parti nel vincolarsi, e precisamente sulla solennità delle parole sacramentali *(solemnibus verbis)*. Essa aveva luogo anticamente nella *dotis dictio*, nella *promissio operarum jurata a liberto facta* e nella *stipulatio*.

---

a. *La dotis dictio e la promissio operarum jurata a liberto facta.*

Questi due contratti avevano qualche cosa di comune, ed era che compievansi mediante parole solenni profferite da una parte sola, *uno tantum loquente*, cioè dalla parte la quale si obbligava senza bisogno che l' altra profferisse formula alcuna di interrogazione o accettazione.

La *dotis dictio* era dunque una solenne promessa di dote, che si faceva *nulla praecedente interrogatione*, sia dalla sposa medesima, o da un debitore da lei delegato, o dal padre o avo paterno di essa, ma non anche da altre persone (1). Va però di suo piede che la donna figlia di famiglia non poteva obbligarsi *ex dotis dictione* (2), e se era *sui juris* abbisognava naturalmente dell'autorità del tutore (3). Le parole sacramentali erano probabilmente le seguenti: *tantum tibi erit dotis nomine* (4): ma era questa una dichiarazione unilaterale o supponeva anche una accettazione per parte dello sposo? Ecco una questione molto controversa. Più probabile ci sembra che fosse unilaterale. Ciò risulta dal nome stesso: *dictio*; e più dal posteriore svolgimento del gius romano, perchè sappiamo come la *dotis*

---

(1) Gai. Visigoth. II, 9. 3; Ulp. 6, 2; Vat. fragm. 99.

(2) Vat. fragm. 99.

(3) Ulp. 11. 20.

(4) L. 25. 44 § 1 L. 46. § 1 L. 47 pr. D. de jur. dot. 23. 3; L. 125 D. de V. S.

dictio si trasformasse appunto in una *nuda pollicitatio dotis*, ammessa da Teodosio II nel 428 (5). Solo un passo di Terenzio può presentare qualche difficoltà. Egli fa dire a Chremes: *dos, Pamphile, est decem talenta*, e Panfilo di rimando: *accipio* (6): ma questo *accipio* di Terenzio significa tutt'al più che lo sposo avrà di regola accettata la dote solennemente promessagli, e non già che una accettazione fosse giuridicamente necessaria.

La *promissio operarum jurata a liberto facta* era, a quanto pare, una semplice promessa del liberto fatta con giuramento di prestare dei doni, degli uffizi, delle opere fabbrili, *aut donum, aut munus, aut operas*, al padrone in compenso della libertà. Anche qui non occorreva interrogazione di sorta, nè accettazione: *uno loquente et sine interrogatione* (7): ma era necessaria ad ogni modo che fosse fatta dopo l'atto della manumissione, non prima; perchè durante la servitù non potevano aver luogo obbligazioni civili tra padrone e servo (8). Gaio avverte che la forza obbligatoria di questa promessa derivava non tanto dalla solennità delle parole, quanto dalla religione del giuramento (9). Noi la incontriamo anche nel diritto giustinianeo.

---

b. *La stipulazione.*

Tit. I. de verborum obligatione sqq. 3. 15-21; D. de verborum obligationibus 45. 1; C. de contrahenda vel committenda stipulatione 8. 38; de inutilibus stipulationibus 8. 39.

P. Fabri, Semestr. III c. 10 seg. p. 125-155. **Brissonii** de form. VI. 158-194. **Romanus**, de stipul. Lips. 1752. **Mühlenbruch**, de vera origine vi ac indole stipul. Eidelb. 1805. **Maciejowski**, ad Virg. Aen X. 73. de orig. stip. Varsav. 1827. **Liebe**, Stipulation. Brunsv. 1840. **Savigny**, System. V. p. 482 seg. 532-540. **Gneist**, die formellen Verträge. Berl. 1845 p. 113-317. **Huschke**, Nexum p. 99-104 **Heimbach**, Creditum p. 285-309. **Bähr**, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel 1855, p. 11-148. **Schilling**, p. 284-301. **Danz**, sacraler Schutz 1857. p. 1-150. 222-245. **Ihering**, Geist des röm. R. II. 1858. p. 581-587. **Schlesinger**, zur Lehre v. den Formalcontracten Lips. 1858 p. 3-94. **Girtaner**, die Stipulation. Kiel, 1859.

La stipulazione, a differenza delle due obbligazioni verbali di cui ci siamo occupati finora, supponeva necessariamente la

(5) L. 4. C. Th. de dote 3. 13; L. 6 C. I. de dotis prom. 5. 11.
(6) Terent. Andr. V. 4. v. 48. 49.
(7) Gai. Visig. II. 9. 4.
(8) L. 7 § 2 D. de op. lib. 28. 1; L. 44 D. de liber. causa 40. 12.
(9) Gai. Visig. II. 9. 4.

esistenza di una domanda e di una risposta. Essa consisteva in una domanda intorno all'obbietto da prestarsi, fatta da colui che ne voleva la prestazione, e in una risposta letteralmente corrispondente della parte che si obbligava.

È dubbio se fosse conosciuta all'antica Roma. Alcuni interpreti del diritto romano la risguardano come un prodotto del posteriore diritto e inclinano a credere che siasi svolta dal *nexum*, quando in un'epoca più o meno avanzata sparve l'uso del bronzo e della bilancia che non erano più che una vana formalità, e si considerò l'impegno preso col mezzo delle parole pronunciate dall'una e dall'altra parte come sufficiente a creare un vincolo obbligatorio. La radice stessa della parola stipulazione, *stips i. e. nummus*, parrebbe ricordare l'origine e il successivo svolgimento della istituzione in discorso (1).

I. Noi ne esaminiamo in breve le condizioni, e prima quelle relative alla forma. Al qual proposito osserva saggiamente il Maynz: più questa era semplice, e più importava di circondarla di cautele, perchè non potesse rimanere alcun dubbio sulla seria intenzione delle parti di contrarre una obbligazione. Ei fu probabilmente per cotale motivo che i Romani fino agli ultimi tempi conservarono riguardo alla stipulazione un rigore di forme, che veggiamo scomparire molto più presto nella maggior parte delle altre istituzioni. Gli stessi Romani poi le ascrivevano tale importanza da risguardarla come il fondamento di tutto il loro sistema dei contratti; e a ragione, perchè non c'era patto che vestito di questa forma non ottenesse efficacia civile.

Le condizioni relative alla forma erano: la domanda del creditore che dicevasi *rogatio, interrogatio*, e più frequentemente *stipulatio;* e la risposta del debitore, che addimandavano *responsio, sponsio,* e più frequentemente *promissio*; donde i termini: *stipulator* sinonimo di creditore, *promissor* sinonimo di debitore (2).

1. La domanda doveva precedere, e ad essa doveva seguire la risposta immediatamente. Un intervallo che non fosse breve toglieva il legame: l'una e l'altra dovevano formare un solo tutto, e quindi

(1) Varro, de lingua lat. 4. 36; Festus v. stipem. Altre etimologie in Paul V. 7. 1; pr. I. h. t; Isid. Orig. 4. 24.

(2) Gai. 3, 92; pr. I. de V. O. 3. 14; L. 1 § 1. 7. L. 52. § 2. D. de O. et A. 47. 7; L. 1 § 1 L. 5 § 1; L. 137 pr. D. h. t.

l'atto stesso doveva essere uno *(unitas actus)*. Venuleio osserva in proposito: *continuus actus stipulantis et promittentis esse debet, ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit, et comminus responderi stipulanti oportet; ceterum si post interrogationem aliud agere coeperit, nihil proderit quamvis eadem die spopondidisset* (3). Non altrimenti avea detto Ulpiano: se lo stipulatore parte prima di aver avuta la risposta, la stipulazione è vacua di effetto: ma se parte subito dopo fatta la interrogazione, e al ritorno gli vien datta la risposta, l'obbligazione tiene: *intervallum enim modicum non vitiavit obligationem* (4). Avverto però che questi principii non si mantennero sempre nell'antico rigore. So almeno essersi ritenuto grazie a una finzione, che allorquando v'avea un documento che facesse fede della promessa, questa doveva riguardarsi sempre come susseguita alla interrogazione (5).

2. S'intende poi da sè, e sarebbe quasi inutile l'osservare, che la risposta doveva concordare colla dimanda (6): questa è una condizione essenziale di ogni manifestazione di mutuo consenso; senonchè per ciò che riguarda la stipulazione, troviamo sotto questo rapporto più disposizioni le quali mostrano con quale estremo rigore si giudicasse questa forma. Quella concordanza doveva essere affatto materiale. Appunto perchè la domanda e la risposta dovevano formare un solo tutto, era mestieri che si coprissero completamente. Se una parte, p. es., domandava dieci sesterzi e l'altra ne prometteva cinque; od una stipulava puramente e l'altra prometteva condizionatamente la stipulazione non teneva (7). Insomma il debitore doveva attenersi religiosamente alla dimanda, senza togliere o aggiungere nulla alla obbligazione (8). Gli antichi giureconsulti credevano che solo in questo modo potesse venire accertato il consenso; per cui ciò che Gellio dice del prin-

(3) L. 137 pr. D. h. t.

(4) L. 1 § 1 D. h. t.

(5) Paul. S. R. V. 7 § 2; L. 134 D. h. t.; L. 7 C. de contr. stip. 8. 38; § 8 I. de fidej. 3. 20.

(6) Gai. 3, 102; § 1. 5 I. h. t.; L. 1 § 3. 6. L. 83. D. eod.; L. 52. § 2 D. de O. et A. 44. 7.

(7) Gai. 3, 102; § 5 I. de inut. stip. 3. 19.

(8) L. 1 § 3 D. h. t.

cipio dialettico, s'attaglia perfettamente alla stipulazione. Egli avverte: essere una legge di quest'arte, che quando si disputa su di un tema, si abbia a rispondere nè più nè meno di quanto vien chiesto, cioè si o no: chi risponde di più o altrimenti, passa per idiota. E giova attenersi a ciò; chè la disputa non avrebbe termine se non ne venissero fissati i singoli punti controversi e risolti semplicemente con domanda e risposta (9). D' altronde gli antichi rigori dovevano venir meno in parte anche per questo riguardo, facendo luogo a più liberi principii. Fu ritenuto che, trattandosi di quantità, la stretta concordanza della risposta colla domanda non fosse più assolutamente necessaria, sì da viziare l' obbligazione, purchè ambedue convenissero nel senso. Verbigrazia: se lo stipulante domandava dieci e il promettente rispondeva venti, la stipulazione doveva nondimeno valere per dieci, perchè il dieci è contenuto nel venti (10), o come dice Paolo: *semper in summis id quod minus est sponderi videtur* (11). Parimenti se veniva domandato il servo Panfilo e oltre Panfilo veniva promesso anche Sticone, *Stichi adiectio*, dice Ulpiano, *pro superavacuo habendam puto;* perchè se tante sono le stipulazioni quanti i corpi, v' hanno in certa maniera due stipulazioni, una utile e l'altra inutile, *neque vitiatur utilis per hanc inutilem* (12). Per simile se il creditore stipulava più cose, per es. Sticone e Panfilo, teneva l' obbligazione, quand' anche non ne fosse promessa che una, perchè ad una delle due stipulazioni era stato ad ogni modo risposto (13). Ancora, non si badò più che tanto se alla stipulazione fossero aggiunte delle cose estrinseche, che non aveano alcuna relazione coll'atto. Per l'addietro una risposta concepita in questi termini: *arma virumque cano, spondeo*, avrebbe viziata l'obbligazione: adesso, per testimonianza di Fiorentino, l' obbligazione nullameno valeva (14).

3. Anche la redazione della domanda e della risposta non era punto abbandonata in origine alla volontà delle parti. V'e-

(9) Gell. 16, 2.
(10) L. 1 § 4 D. h. t.
(11) L. 83. § 3. D. h. t.
(12) L. 1 § 5 D. h. t.
(13) L. 83 § 4 D. h. t.
(14) L. 65 pr. D. h. t.

rano delle formule sacramentali, tra cui quella concepita nei termini: *dari spondes? spondeo,* è citata da Gaio come essenzialmente ed esclusivamente romana. Essa non poteva occorrere che tra cittadini romani, e in lingua romana (15), e fu probabilmente la più antica. Altre formule erano: *dabis? dabo — promittis? promitto — fidepromittis? fidepromitto — fidejubes? fidejubeo.* Queste appartenevano all'*jus gentium*; e quindi valevano per tutti, sì romani che peregrini, e potevano pronunciarsi in qualunque idioma (16). Anzi, al tempo di Ulpiano, non si esigeva neppure che la domanda fosse nell'idioma stesso della risposta, quando ambe le parti intendevano gl'idiomi adoperati (17). Più tardi l'imperatore Leone, badando ancor più alla sostanza che alla forma, stabilì che si potesse fare astrazione anche dalle parole tradizionali, e la stipulazione dovesse riuscire ugualmente efficace quand'anche il consenso fosse stato espresso *non solemnibus vel directis sed quibuscumque verbis* (18).

4. Dal detto ne segue, che oltre alle solite qualità che debbono avere i contraenti, è per la stipulazione necessaria anche questa, che non sieno nè muti nè sordi perchè il contratto deve farsi *utroque loquente*, e una parte deve udire ciò che dice l'altra (19).

5. Per lo stesso motivo era necessaria la presenza delle parti che volevano contrattare; donde la impossibilità di stipulare fra assenti (20). Senonchè anche questo principio fu sensibilmente modificato. Già feci avvertire altra volta come i Greci amassero di mettere le loro stipulazioni in iscritto, coll'osservazione che erano avvenute nelle debite forme, quando forse nessuno ci avea pensato; e quest' uso della Grecia si trapiantò anche a Roma (21). Poi si cominciò a poco a poco ad accordare al do-

(15) Gai. 3, 93. 94.

(16) Gai. 3, 93; § 1. I. h. t.

(17) L. 1 § 6 D. h. t.; § 1. I. h. t. 3. 14.

(18) L. 10 C. de contr. stip. 8. 38; § 1. I. h. t.

(19) Gai. 3, 105; § 7. I. de inut. stip. 3. 19; L. 1 pr. D. h. t.

(20) Gai. 3, 105. 136. 138; Paul. V. 7. 2; § 7. 12. I. de inut. stip.; L. 1 pr. D. h. t.; L. 1 § 14. 15. D. de O. et A. 44. 7; L. 3 C. de inut. stip. 8. 39.

(21) L. 122. § 1. L. 126 § 2. D. de V. O. 45. 1; L. 11 § 2. D. de duob. reis 45. 2.

cumento un certo valore come mezzo di prova (22); e ciò che l' uso aveva introdotto, Giustiniano il sancì in modo positivo, statuendo doversi aggiustar piena fede a un documento in cui fosse detto, che ogni cosa era proceduta debitamente, nè si dovea badare così pel sottile alla presenza personale dei contraenti, nè ammettere altra prova in contrario fuor questa che l' uno o l'altro di essi non potesse assolutamente essere intervenuto a quell'atto (23).

6. Non era neppure possibile di conchiudere una stipulazione per un terzo, conforme alla regola mantenuta sempre rigorosamente che noi non possiamo nè acquistare nè obbligarci col mezzo altrui. Nè questa regola pativa una eccezione quando un servo o una persona *alieni juris* stipulava qualche cosa per colui alla cui potestà era soggetta, conciossiachè vi avesse effettivamente in questo caso una unità di persone. Gli schiavi in peculiar modo giovavano a quest' uopo al muto, al sordo, all' infante; e quinci si spiega il frequente uso di essi nelle transazioni civili dei Romani (24). Ancora, non contraddiceva alla regola che si potesse aggiungere alternativamente un terzo nella stipuzione: *mihi aut Seio dari spondes?* perchè la obbligazione si acquistava solamente allo stipulatore (25), e il terzo non era che *solutionis causa adiectus* (26), aggiunto cioè per ricevere il pagamento (27) come mandatario di lui (28), che era cosa permessa. Si disputava invece tra i giureconsulti romani, se fosse ugualmente valida l'aggiunta quando il terzo era stato nominato non già alternativamente, ma cumulativamente insieme collo stipulatore: *mihi et Seio dari spondes?* I Sabiniani erano d'opinione che la obbligazione fosse interamente valida per lo stipulatore come se l'*adiectio* non fosse avvenuta; mentre i Proculeiani sostenevano che, avendo riguardo alla intenzione delle parti si doveva invece ammettere una doppia stipulazione, e quindi scindere in

(22) Paul. V. 72; L. 30. L. 134 § 2 D. h. t.

(23) L. 14 C. de contr. stip. 8. 38.

(24) L. 1 pr. D. h. t. 45. 1; L. 14. C. h. t. 8. 38; cf. tit. I. de stipul. servor. 3. 17; tit. D. eod. 45. 3.

(25) L. 141 § 3 D. h. t.

(26) L. 95 § 5 D. de sol. et lib. 46. 3; L. 23 D. de fidej. 46. 1.

(27) L. 141 § 3. D. h. t.

(28) L. 131 D. h. t.

due l'obbligazione contratta, ed una esser valida l'altra no (29). Evidentemente la opinione dei Proculeiani era più logica, ed è questa che fu accolta nel diritto giustinianeo (30).

7. Col principio suesposto che non era possibile conchiudere una stipulazione per un terzo si collega l'altro, che essa non poteva avere per obbietto una prestazione da eseguirsi dopo la morte dello stipulatore o promittente. Infatti la stipulazione sarebbe stata contratta per gli eredi, che in questo caso sono terze persone (31). Nondimeno con lo intendimento di sottrarsi a questa regola e raggirare la legge, le parti avevano l'abitudine di aggiungersi delle altre persone, come ausiliarie.

Precisamente il creditore poteva fare che altri stipulasse ciò ch'egli stesso aveva stipulato; e il terzo, che per tal modo veniva ad aggiungersi come creditore, dicevasi *adstipulator*. Costui non poteva stipulare altra cosa, nè più di quello che aveva stipulato il principale: conchiudeva insomma la medesima stipulazione, e quindi poteva far valere il credito come un creditore, nel che distinguevasi dal *solutionis causa adiectus*, e poteva estinguerlo facendone la remissione a mezzo dell'*acceptilatio*. D'altronde egli non agiva nel proprio interesse, ma per quello dello stipulatore o de' suoi eredi, come loro rappresentante: perciò era tenuto ad essi coll'*actio mandati*, e il diritto risultante dalla *adstipulatio* era inerente alla sua persona: non passava punto agli eredi di lui, e non poteva per lui essere trasferito a un altro (32). Che se in frode dello stipulatore avesse liberato il debitore, rimettendogli il debito mediante accettilazione, la legge Aquilia accordava al danneggiato un' azione che in caso di negativa portava la condanna del doppio (33).

Guardiamoci però dallo scambiare un punto accessorio e posteriore, qual era l'utilità che poteva derivare da questo istituto per le stipulazioni *post mortem suam*, col suo carattere principale e originario. Quando Cicerone nella sua orazione contro Pisone arriva alle parole: *At quaerebat*, si vede che lo

(29) Gai. 3, 103.
(30) L. 110 D. h. t. 45. 1; § 4. I. de inut. stip. 3. 19.
(31) Gai. 3, 100. 117. 119. 158. 176; § 13 I. h. t.
(32) Gai. 3, 110—114. 117.
(33) Gai. 3, 215. 216.

adstipulator è messo in egual linea col difensore, *propugnator*, più ancora dell'oratore che ci difende in giudizio, *advocatus;* e che si tratta di una utilità, di una protezione che fruttava ancora durante la vita a chi non voleva abbandonarsi alle forze proprie, *cur non meis copiis praestitissem* (34).

A quanto pare l'*adstipulatio* venne introdotta in origine per supplire all'inconveniente che nasceva dalla limitazione della rappresentanza nelle liti. Al qual proposito trascrivo alcune belle osservazioni dettate dal Maynz (35) sulle traccie dell'Ortolan (36). Poteva esser utile allo stipulatore che l'azione derivante dalla stipulazione non fosse ristretta alla sua persona; ma che un altro ne fosse rivestito, e potesse esercitarla, e ricevere o esigere il pagamento per suo conto. Il caso d'un viaggio, dell'assenza, della inettitudine agli affari, o il desiderio di non sobbarcarvisi personalmente, erano motivi sufficienti di questa utilità. Senonchè il rigore dei principii primitivi si opponeva a che si potesse soddisfarvi col mezzo di una procurazione, non potendosi litigare per procuratore. Lo stipulatore evitava gl'inconvenienti che ne derivavano, impiegando in concorrenza con lui un'altra persona, che procedendo in qualità di suo aggiunto, stipulava dal medesimo debitore il medesimo obbietto con un secondo contratto verbale accessorio al primo. Nondimeno allato di questo vantaggio l'*adstipulatio* presentava eziandio qualche pericolo; perchè rendendo il terzo padrone intieramente e senza revoca del credito per conto del creditore principale, essa metteva quest'ultimo alla discrezione del suo mandatario. Così, quando più tardi fu ammessa la facoltà di agire per procuratore con una estensione e una facilità sempre crescente, questo mezzo più semplice e più securo doveva far cadere l'impiego della *adstipulatio*. Ma intanto si aveva dedotta da questo impiego una utilità, che si conservò più a lungo. Siccome nessuno poteva stipulare validamente per un tempo posteriore alla sua morte *post mortem suam*, s'immaginò di aggiungersi in questo caso un *adstipulator*, affinchè potesse agire dopo la morte dello stipulatore principale, e rispondere agli eredi di quest'ultimo, col

(34) Ortolan, Instit. III. 224.

(35) Maynz, Trattato delle obblig. p. 306 seg.

(36) Ortolan III. p. 223 seg.

mezzo dell'*actio mandati*, di tutto ciò che avesse ottenuto. Qui lo adstipulatore ha per iscopo di dare, con un raggiro, forza ed effetto ad una stipulazione che senza di ciò rimarrebbe inutile. Rileviamo da Gaio che a' suoi tempi l'adstipulazione non era impiegata più che a cotal'uso (37): ma quest'ultima utilità doveva sparire anch'essa allorquando fu ammesso per Giustiniano che fossero valide anche le stipulazioni *post mortem suam* (38). Con essa scomparve non solamente l'uso, ma altresì il nome degli *adstipulatores*, che non si trova più nei testi di Giustiniano e la cui esatta nozione non ci venne rivelata che dal manoscritto di Gaio.

Ma nella medesima maniera che era lecito al creditore di aggiungersi un terzo come ausiliario, anche il promittente poteva aggiungersi un terzo che promettesse la stessa cosa accessoriamente a lui e per lui: *pro eo quoque qui promittit solent alii obligari* (39). Il terzo dicevasi in questo caso *adpromissor*, e l'aggiunzione aveva per iscopo di meglio assecurare al creditore l'esecuzione dell'impegno assunto: *ut diligentius nobis cautum sit* (40). Per tal riguardo la istituzione presentava una utilità pratica ben più generale che non era quella degli *adstipulatores;* e non dee far meraviglia che l'uso ne fosse molto frequente (41). Anzi non rimase neppur limitata alle sole obbligazioni verbali: ma coll'aiuto di qualche variazione di forma venne generalizzata, estesa cioè ad ogni maniera di obbligazioni, qualunque ne fosse la causa.

Secondo la formola usata per interrogare l'adpromissore si distinsero da prima due modi di adpromissione: la *sponsio*, propriamente detta, pei cittadini romani, e la *fidepromissio*, che venne ammessa come equivalente onde permettere ai peregrini l'uso di questo istituto (42). L'una e l'altra, al pari dell'*adstipulatio*, non potevano accedere se non ad obbligazioni verbali (43), perchè come lo *adstipulator* è un ausiliario dello stipulatore prin-

---

(37) Gai. 3. 117.

(38) L. un. C. ut act ab ered. incipiant 4. 11; L. 11 C. de contr. stip. 8. 38.

(39) Gai. 3, 115.

(40) Gai. 3, 117.

(41) Gai. 3, 117.

(42) Gai. 3, 120.

cipale, così lo *sponsor* ed il *fidepromissor* sono ausiliari di un promittente principale. Similmente, come l'*adstipulatio* poteva essere impiegata per rimediare alla nullità della stipulazione fatta dallo stipulatore principale *post mortem suam*, nella stessa guisa anche la *sponsio* e la *fidepromissio* potevano esserlo per rimediare alla nullità della promessa fatta dal promittente principale *post mortem suam*, o ad altre nullità derivanti da cause personali a quest'ultimo, come nel caso di un impubere che avesse promesso senza l'autorità del tutore (44). Ancora, vale per la *sponsio* e per la *fidepromissio*, sibbene che per l'*adstipulatio*, la regola che non si poteva stipulare nel contratto accessorio altra cosa o più di quello che portava il contratto principale. ma che nulla impediva di stipulare meno (45). Oltrecciò, come il diritto derivante dalla stipulazione era esclusivamente personale dello *adstipulator*, non altrimenti l'obbligazione dello *sponsor* e del *fidepromissor* non passava agli eredi (46). Da ultimo, se lo *adstipulator*, quantunque fosse creditore nei riguardi del promettente, non era però che mandatario nei riguardi dello stipulatore principale, e quindi era tenuto per l'*actio mandati* a restituirgli quanto avea ricevuto; parimenti lo *sponsor* o il *fidepromissor* era debitore per promessa verbale nei riguardi dello stipulatore, ma non era che un mandatario in confronto del promettente principale, e quindi aveva diritto di farsi rimborsare coll'*actio mandati* di ciò che aveva pagato (47). Del resto anche la *sponsio* e la *fidepromissio* sparirono dalla vita giuridica dei Romani davanti a una forma più libera e di una applicazione più universale, la *fidejussio*.

II. Ora sono da vedere l'uso e gli effetti delle stipulazioni.

La stipulazione in origine non ebbe probabilmente per obbietto se non il pagamento di una somma certa di denaro, *pecunia certa*, poi una quantità determinata di cose fungibili di valore certo, o una *species* individualmente determinata, cose tutte che progressivamente furono considerate come *certum* (48).

(43) Gai. 3, 119.
(44) Gai. 3, 119.
(45) Gai. 3, 126.
(46) Gai. 3, 120.
(47) Gai. 3, 127.
(48) L. 74. 75. D. h. t.; L. 6 D. de reb. cred. 12. 6.

In seguito fu anche adoperata per farsi promettere un *incertum;* ed era incerta la stipulazione, quando ciò ch'era stato stipulato, la sua qualità e quantità, non apparivano nella enunciazione stessa (49), o l'obbietto consisteva in un fare o non fare (50), perchè l'interesse che ha il promettente a che il fatto avvenga o non avvenga non risulta dal pronunciato stesso della stipulazione, ed è in questo interesse che si risolve in ultima analisi la condanna nel caso di un rifiuto o di una contravvenzione per parte del promittente (51). La stipulazione di tutt'altra prestazione che non fosse il trasferimento della proprietà, p. e. quella dell'usufrutto di un fondo anche certo e determinato, quella di una servitù qualunque, della tradizione del possesso, della tradizione di una cosa a titolo di mutuo o commodato, tutte prestazioni che i Romani consideravano come stipulazioni di fare o non fare, erano pure incerte (52). In tal modo la cerchia delle cose che potevano formar obbietto di stipulazione era venuta allargandosi.

Ma nè qui si arrestò l'uso di essa; conciossiachè venisse adoperata qual mezzo generale per dare carattere ed efficacia civile a qualunque convenzione, che avesse per iscopo di creare una obbligazione unilaterale. Più di frequente fu una forma con la quale si rivestirono le convenzioni, che non essendo per anche riconosciute dal diritto, non avrebbero prodotto alcuna azione civile (53); ma fu usata eziandio a trasformare (novare) per qualche speciale motivo una convenzione in un'altra (54).

Ancora, questa forma di contratto era una delle principali sorgenti delle obbligazioni solidali o correali si attive che passive. Nel caso però di una obbligazione correale attiva ognuno dei vari creditori doveva interrogare il debitore, il quale non rispondeva che una volta; mentre viceversa, trattandosi di obbligazioni

(49) L. 75 pr. § 1. 2. 4. D. h. t.
(50) L. 75. § 7 D. h. t.
(51) L. 68. L. 72 pr. D. h. t.
(52) L. 75 § 3 D. h. t.; L. 35. D. de serv. praed. urb. 8. 2; L. 68. 75 § 7. L. 72 pr. § 1 D. h. t.
(53) Paul. II. 22. 2; L. 7 § 12. D. de pact. 2. 14.
(54) § 2. I quib. mod. oblig. toll. 3. 29; L. 3 § 1. D. emti 19. 1; L. 71 D. pro socio 17. 2; L. 40 D. de reb. cred. 12. 1; L. 6. § 1 D. de novat. 46. 2.

correali passive, il creditore faceva la domanda una volta, e ciascuno dei vari debitori doveva rispondergli separatamente (55).

Oltrecciò si adoperava la stipulazione per rafforzare direttamente o indirettamente delle obbligazioni già esistenti (56). Tra le altre era importante, come contratto accessorio, quando aveva per obbietto d' imporre una pena convenzionale ad una delle parti pel caso che si fosse avverato il contrario d'una sua promessa, *stipulatio poenae*. La quale era una clausola che presentava una doppia utilità. Prima di tutto, come osservai altra volta, rendeva almeno indirettamente efficaci delle obbligazioni, le quali non avevano che un'efficacia naturale; poi serviva a determinare in avanti l'ammontare dei danni e interessi nelle obbligazioni incerte, e procacciava così al creditore il diritto di esigere il pagamento di una somma di denaro in luogo di costringerlo a provocare l'estimazione, sempre difficile e spesso impossibile, dell'interesse che aveva alla esecuzione della promessa (57).

Noto per ultimo che alcune convenzioni non producevano azione se non quando erano state conchiuse nella forma della stipulazione. Tali erano come sappiamo, la *fideiussio*, la *novatio* e l'*acceptilatio*.

Le stipulazioni, avuto riguardo alla diversa fonte da cui potevano derivare, solevano anche distinguersi in stipulazioni convenzionali e non convenzionali o necessarie (58), secondo che provenivano da una convenzione dei contraenti o erano ordinate dalla autorità. Le prime erano di tante specie quante le convenzioni possibili fra le parti (59); le seconde, dette anche *cautiones*, erano pretorie, giudiciali e comuni (60). Precisamente si chiamavano pretorie se fatte alla presenza del pretore e per suo comando o approvazione, dietro una sommaria cognizione ch'egli prendeva dell'affare: *quae a mero praetoris officio proficiscuntur;* come la

(55) Tit. I. de duob. reis stipul. et promitt. 3. 16.

(56) L. 3 D. de act. emti 19. 1; cf. L. 4. D. de usur. 22. 1. — L. 58 pr. de fidej. 46. 1 — L. 71 pr. D. pro socio — L. 126 § 2 D. h. t.; L. 2 C. si cert. petatur 4. 2.

(57) L. 115 § 2 D. h. t.; L. 44 § 5. 6. D. de O. et A. 44. 7; L. 1 § 8. D. ad leg. Falc. 35. 2; L. 24 D. quando dies legator. cedat. 36. 2.

(58) L. 7 § 1. D. qui satisdare cogantur 2. 8.

(59) L. 5 D. h. t; § 3 I. de div. stip. 3. 18.

(60) L. 5 D. h. t.

cautio damni infecti e l'altra *legatorum nomine* (61). Aveano nome di giudiziali se fatte alla presenza del giudice e per sua ingiunzione: *quae a mero judicis officio proficiscuntur;* verbigrazia la *cautio de dolo ne forte deterior res sit facta* e l' altra *de persequendo servo qui in fuga est restituendove pretio* (62). Per ultimo erano dette comuni quelle che, a seconda delle circostanze, potevano essere ordinate quando dal pretore e quando dal giudice. Tali erano: la stipulazione *rem salvam fore pupilli* e quella *de rato* (63).

L'obbligazione, che deriva dalla stipulazione come da contratto formale, è un' obbligazione dello stretto diritto (64); e quinci ne segue che deve essere essenzialmente unilaterale. Nondimeno la volontà delle parti poteva comunicarle il carattere di una obbligazione libera. Ciò si faceva, come avvertii altra volta, aggiungendovi le parole *bona fide*, o anche *recte fide* (65), o *recte* semplicemente (66), ma più spesso la clausola del dolo: *dolum abesse abfuturum que* (67). Potevano però ottenere lo stesso risultato anche in altra maniera; ed era, indicando come contenuto della stipulazione la somma degli obblighi derivanti da un contratto di buona fede: ciò avveniva per es. se un locatore avesse stipulato dal conduttore: *quidquid te mihi dare facere oportet* (68).

Dalla stipulazione derivavano due diverse azioni. Anzi tutto la *condictio* quando la stipulazione era certa; e precisamente: se obbietto della *stipulatio* era una *certa pecunia*, la *condictio certi*; se un altro *certum*, la *condictio triticaria*. Se invece la

---

(61) L. 5. D. h. t.; L. 1 § 2 D. de stip. praet. 46. 5.

(62) L. 5 D. h. t.; L. 24 D. de rei vind. 6. 1; L. 15 D. de pign. act. 13. 7; L. 9 § 7. D. quod metus causa 4. 2; L. 7 § 3. D. de dolo malo 4. 3. — L. 21 D. de rei vind. — Altri esempi: L. 7. 12. D. si servit. vindic. 8. 5; L. 16 pr. L. 25. § 10 D. fam. ercisc. 10. 2.

(63) § 4 I. de div. stip. 3. 18; L. 5 D. h. t.

(64) L. 5 § 4. L. 6. D. de in litem jurando 12. 3; L. un. § 2. C. de rei ux. act. 5. 13.

(65) L. 122 § 1 D. h. t.

(66) L. 73 D. d2 V. S. 50. 16.

(67) L. 38 § 13. L. 121 pr. L. 22. 53. 119 D. h. t.; L. 4 § 16 in f. de doli exc. 44. 4; L. 31 D. de receptis 3. 8; L. 3 C. eod. 2 56.

(68) L. 89. D. h. t.; L. 1 § 4 D. quar. rer. act. 44. 5; L. 27. D. de novat. 46. 2.

stipulazione era incerta, ne nasceva l'*actio ex stipulatu* (69). L'una e l'altra erano azioni di stretto diritto: ma se alla stipulazione era stata aggiunta la clausola *ex fide bona* o simili, anche l'azione conteneva questa aggiunta, e ne abbiamo un esempio nella legge della Gallia cisalpina (70). L'azione stessa non diventava perciò una *bonae fidei actio;* ma dissi già in altra occasione che il giudice era chiamato a deciderne non altrimenti dell'arbitro in un affare di buona fede.

C. *I contratti letterali: Literis contrahitur obligatio.*

Gaius 3,128-134. Tit. J. de literarum obligatione 3. 21; C. de non numerata pecunia 4. 30. **Brissonius**, de formulis VI c. 109. **Sigonius**, de judic. 1, 5. **Gans**, Scholien p. 419-427. **Savigny**, üb. den Literalcontract der Römer (Verm. Schr. I. 205-261). Il medes. System V. App. 14 n. 9. **Hanlo**. de nom. oblig. Amst. 1825. **München**, Cic. pro Roscio Com. Col. 1829, p. 15-30. **Wunderlich**, de ant. lit. obl. Gott. 1832. **Walter**, Röm. Rechtsgesch. II. p. 234 seg. Cic. pro Roscio Com. ed. **Schmidt** Jena 1839 p. 14-21 e Recens. di **Huschke** nei Krit. Jarhrb. 1840 p. 481-499. **Keller**, Beitrag zu der Lehre v. dem röm. Literalcontracte (Jahrb. di Sell I p. 93-115). **Schüler**, die literar. oblig. des älteren R. R. Bresl. 1842. **Schilling**, p. 317-327. **Danz**, R. G. II. p. 109-121. **Gneist**, die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenr. p. 321-511. **Heimbach**, v. Creditum p. 309-370. **Pagenstecher**, de literar. obligatione Eidelb. 1851. **Einert**, Wesen u. Form d. Literalcontr. (Zeitschr. di Tauchnitz Lipsia 1852 XI. p. 1-102). **Rein**, das Privatr. der Römer 2 ed. 1858 p. 677-700. **Schlesinger**, zur Lehre v. den Formalcontracten p. 63-90.

Anche l'obbligazione letterale appartiene ai contratti formali. Essa è quella obbligazione che trae la sua origine da una determinata forma scritturale, e non vuol essere confusa coi contratti scritti. In questi la scrittura serve solamente come mezzo di prova; mentre nei contratti letterali è fonte, ossia forma costitutiva della obbligazione. Le nostre fonti ricordano, come obbligazioni letterali, i *nomina transcriptitia,* i *chirographa* e le *singraphae.*

---

a. *Il nomen transcriptitium.*

I *nomina transcriptitia* si collegano direttamente coi libri domestici dei Romani, ed è prezzo d'opera dire alcuna cosa di questi prima di vedere cosa fossero quelle obbligazioni.

Ogni Romano padre di famigiia soleva notare giorno per giorno tutte le sue entrate ed uscite in uno scartafaccio, detto

---

(69) L. 24 D. de R. C. 12. 1; pr. I. h. t.
(70) Lex de Gallia Cisalp. c. 20.

adversaria; poi ogni mese ne faceva lo spoglio e trascriveva diligentemente le partite di dare e di avere in un libro conosciuto sotto il nome di *Codex* o *Tabulae accepti et expensi*, che constava probabilmente di due rubriche, l'*acceptilatio* e l'*expensilatio.* Le somme di danaro che il *paterfamilias* doveva ad altra persona figuravano nella prima rubrica; quelle che gli erano dovute venivano registrate nella seconda (1), e l'austerità e la fede primitiva davano un carattere di sanzione quasi religiosa e publica a queste tavole. Gli scrittori classici ci attestano in più luoghi la cura con cui erano redatte, e il credito che vi si attaccava (2); e son queste tavole che Cicerone chiama: *aeternae, sanctae, quae perpetuae existimationis fidem et religionem amplectuntur* (3).

L'antico contratto letterale era conchiuso come negozio formale, non già con uno speciale stromento relativo a questo singolo negozio, ma piuttosto colla iscrizione di un credito pecuniario nelle *tabulae;* e precisamente era la iscrizione del creditore nella colonna dell'*expensum (expensilatio)* ciò che costituiva il carattere del negozio, non già la iscrizione del debitore (*acceptilatio*).

Non credo però che la semplice iscrizione nell' *expensum* costituisse il credito trascrittizio. La scrittura per se medesima non mirava che a conservare la memoria delle operazioni fatte e a servire come mezzo di prova. Se per es. vi era iscritta una vendita, una locazione, un mutuo, *nomen arcarium*, o che so io, questa iscrizione non era che un mezzo per constatare il fatto, era uno stromento che faceva più o meno fede secondo le persone e le circostanze.

D' altronde è indubitato che il *nomen transcriptitium* consisteva nel portare a carico del debitore come *expensum* una somma di pecunia; e sappiamo che questa trascrizione poteva farsi *a re in personam* o *a persona in personam* (4). Quando il creditore trascriveva nel codice una precedente obbligazione che derivava la sua origine da altra causa che non era la scrittura,

(1) Cic. in Verr. II. l. 23 e Asconius ad h. l.; Cic. pro Roscio Com. c. 3; pro Caelio c. 7; de orat. II. 23.
(2) Cic. pro Roscio Com. 3; pro Cluentio 30.
(3) Cic. pro Roscio Com. 3.
(4) Gai 3, 128.

(p. es. da una compera, da una conduzione, da una società ecc. la trascrizione era detta *a re in personam*. In questo caso il creditore e il debitore rimanevano gli stessi: ma un debito nato da altra causa era cambiato in *expensum*. Quando invece la obbligazione del debitore originario era registrata nel codice a carico di altra persona, la trascrizione dicevasi *a persona in personam*. In questo caso cambiava la persona del debitore, ma la causa della obbligazione rimaneva inalterata (5).

In cosa consisteva adunque la differenza?

Io credo in ciò, che la iscrizione, perchè ne derivasse una obbligazione letterale, doveva contener sempre una novazione. Essa non poteva venir adoperata per dare fin dalle prime la forma ad un negozio, ma solo per trasformare una obbligazione esistente. In tal modo appunto essa è descritta da Gaio (6), e da Teofilo (7); e Gaio aggiunge, che i *nomina arcaria*, cioè la iscrizione dei veri mutui, non faceva luogo ad alcuna obbligazione letterale, conservando essi la loro natura di contratti reali. Questi crediti di cassa *(arca)* supponevano la numerazione di una determinata somma di pecunia, ed era questa numerazione che costituiva la obbligazione, non già la scrittura, che serviva unicamente alla prova della obbligazione già fatta: *nullam facere obligationem sed obligationis factae testimonium praebere*. Donde la conseguenza, che simili iscrizioni non erano riserbate esclusivamente ai cittadini Romani, ma potevano applicarsi anche alle obbligazioni dei peregrini, *quia non ipso nomine sed numeratione pecuniae obligantur: quod genus obligationis juris gentium est* (8). Non rimanevano adunque per le obbligazioni letterali se non quei casi in cui un altro debito qualunque veniva iscritto nel libro come se fosse un mutuo, quasichè il danaro fosse stato effettivamente pesato o numerato; e questa sua natura e destinazione è anche molto opportunamente espressa col vocabolo *nomen transcriptitium*. Capiremo poi di leggieri, come la trascrizione appunto perchè partiva dalla ipotesi di una

(5) Gai. 3, 129. 130.
(6) Gai. l. c
(7) Theoph. ad tit. I. de lit. obl.
(8) Gai. 3, 131. 132.

numerazione e di un mutuo che si tenevano per compiti, non poteva essere fatta sotto condizione (9).

Ad ogni modo s'intende che la trascrizione supponeva il consenso del debitore. Ciò risulta anzitutto dalla circostanza che la *literarum obligatio* nasce da un contratto: ma abbiamo oltrecciò la diretta testimonianza degli antichi che alla *transcriptio* necessitava l'ordine o almeno il permesso del debitore: *Jussu debitoris expensum tulisse* (10); *Expensa sibi ferri passus est* (11). Con altre parole le parti dovevano accordarsi: l'una a tener la somma per pesata e data (*pecunia expensa lata*), l'altra a tenerla per pesata e ricevuta (*accepta relata*), e portarla come tale nelle *tabulae*.

Teofilo parla eziandio di *verba solemnia* che si pronunciavano in cotale occasione (12): ma questo è manifestamente un errore; chè da un lato la scrittura aggiunta alle parole solenni avrebbe costituito una oziosa superfetazione; e dall'altro sappiamo di positivo, che un debito poteva venir iscritto anche a carico di un'assente (13). Ciò ch'era ad ogni modo necessario era un accordo; e se veniva negato dovevasi ricorrere alla prova, che incombeva naturalmente al creditore, nè più nè meno che nella stipulazione e in generale in ogni contratto. Appunto perciò l'operazione si faceva ordinariamente davanti a testimoni (14): ma viceversa anche il reo poteva contrapporre i suoi libri domestici e altre prove (15).

Ammesso il consenso, la obbligazione esisteva pel semplice fatto della trascrizione: il reo non poteva più difendersi col dire di non essere stato debitore: non gli restava propriamente che l'*exceptio doli;* e anche questa doveva provarla (16). L'obbligazione poi era un'*obligatio stricti juris*, e l'azione, che ne derivava, una *condictio certi* (17).

(9) Vat. fragm. 329.
(10) Cic. pro Roscio Com. 5.
(11) Val. Max. VIII. 2. 2.
(12) Teoph. ad pr. I. h. t.
(13) Gai. 3, 138.
(14) Seneca de benef. 2, 23; 3, 15.
(15) Cic. pro Roscio Com. 1; in Verr. II. 1, 39.
(16) Val. Max. VIII. 2, 2.
(17) Cic. pro Roscio Com. 4. 5; L. 1 D. de ann. legat. 33. 1.

Era questione tra i giureconsulti romani se questa maniera di contratto obbligasse anche i peregrini, essendo in certo modo una obbligazione di diritto civile. Nerva il negò; Sabino e Cassio sostennero che obbligasse anche i peregrini quando la trascrizione si faceva *a re in personam* (18). I peregrini avevano un altro genere di obbligazione letterale, tutta loro propria: i chirografi e le singrafi (19), dei quali passiamo ora a discorrere.

---

b. *I chirografi e le singrafi.*

Non è cosa facile lo stabilire la differenza tra le singrafi e i chirografi. Asconio, o qualunque sia il commentatore delle Verrine, ci indica questa: che la prima denominazione si applicava alla scrittura firmata da ambi i contraenti e rimessa in differenti esemplari a ciascuno di essi; la seconda alle scritture firmate da una parte soltanto e non conservate che da essa (1). Ma qual era la forma e il tenore di queste scritture? Noi nol sappiamo precisamente. Gaio non sembra indicare che una cosa come necessaria: la dichiarazione scritta di colui che vuole obbligarsi di dover tanto o che darà tanto: *si quis debere se aut daturum se scribat* (2). Asconio dice, che le singrafi erano un atto bilaterale che si usava anche quando originariamente non era stato dato il danaro e solo per altri motivi si voleva produrre una obbligazione come derivante da mutuo: il chirografo invece era una confessione unilaterale, come dicemmo, di un debito derivante veramente da un mutuo.

Ad ogni modo e' non erano semplici stromenti o mezzi di prova, ma costituivano per se medesimi una forma particolare di obbligazione. Gaio per vero dire non si esprime intorno ad essi come intorno ai crediti trascrittizi; egli non dice *literarum obligatio fit*, ma solamente *fieri videtur*; senonchè ciò deriva

---

(18) Gai. 3, 133.
(19) Gai. 3, 134.
(1) Ascon. ad Cic. in Verr. act. 2 lib. 1 § 36.
(2) Gai. 3. 134.

dalla circostanza che nè il chirografo nè la singrafa sono la vera obbligazione letterale del puro diritto civile dei Romani, ma solo una specie di obbligazione ammessa in forza di assimilazione per le relazioni coi peregrini. È anche osservabile che Gaio ne parla come di un modo di obbligazione letterale dopo avere spiegato appunto con tanto studio come la obbligazione derivante dai crediti di cassa non era formata *literis*, ma traeva la sua forza dalla numerazione stessa della pecunia. Ancora, la restrizione ch'ei vi aggiunge: *ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat*, è molto significativa; perchè se i chirografi e le singrafe non fossero stati che semplici mezzi di prova, avrebbero servito a provare anche la stipulazione al pari di ogni altro contratto. Il loro carattere obbligatorio risulta altresì molto energicamente da questa interpellanza fatta dall'oratore romano mentre dipingeva la incertezza delle elezioni, e le tempeste popolari dei comizi: *Pergitisne vos, tanquam ex syngrapha agere cum populo, ut quem locum semel honoris cuipiam dederit, eumdem reliquis honoribus debeat?* (3).

Ad ogni modo erano specie di obbligazioni proprie dei peregrini. Ciò viene attestato da Gaio (4); e anche Cicerone ne parla sempre all'occasione delle relazioni d' affari tra i cittadini e gli abitatori delle provincie (5).

---

c. *Il contratto letterale del nuovo diritto.*

L'uso delle tavole domestiche cadde col tempo in dissuetudine. Mentre Cicerone diceva essere cosa nuova e inaudita ai suoi tempi che un cittadino trascurasse di tenerle, il falso Asconio, che appartiene probabilmente al quarto secolo, ci attesta che quest' uso era venuto meno a' suoi tempi, e ne adduce a motivo il pericolo a cui i padri di famiglia si esponevano colla tenuta di questi libri, quando i delatori cominciarono a valer-

(3) Cic. pro Mur. § 17; Ortolan 6 ed. III. p. 254 seg.
(4) Gai. 3, 134.
(5) Cic. de legib. III. 8; in Verr. act. 2 lib. 1 § 36.

sene come di prova nei delitti di lesa maestà (1). Forse l'uso dei libri domestici, e con essi il contratto letterale, sparve a poco a poco, non altrimenti delle altre antiche consuetudini dei cittadini romani, e certamente vi contribuì molto la diffusione sempre maggiore della cittadinanza. Del resto anche la paura dei delatori accennata dal falso Asconio può avervi avuto alcuna parte. In ispecie merita osservazione la circostanza messa in luce dallo Schüler, che il *constitutum* riuniva tutti i vantaggi pratici dell'antico contratto letterale, mentre pur era un negozio più comodo, più flessibile e meno formale. Un semplice scambio di lettere fatto tra assenti, quando si fondava su di una obbligazione già esistente, poteva oggimai formare un nuovo negozio capace di azione. E quanto questo surrogato dovesse parere importante ai Romani per tutte le loro relazioni d'affari, appare da ciò, che credettero opportuno di garantirlo con una sponsione maggiore di quella che garantiva la *certa credita pecunia* (2). Coloro che conservarono più a lungo l'uso di questi *nomina* furono gli argentari, banchieri dell'epoca. Anzi egli è all'occasione di essi che se ne trova persino qualche vestigio nel digesto di Giustiniano (3): ma realmente sotto questo imperatore la istituzione non esisteva più da lungo tempo: *quae nomina hodie non sunt in usu.*

E come il credito transcrittizio così sparirono col tempo anche le singrafe. I chirografi invece non fecero che modificare il loro carattere, trasformarsi e operare la fusione con ciò che nel diritto giustinianeo resta tuttavia di obbligazioni contratte *literis*.

Propriamente il chirografo del diritto giustinianeo è sinonimo di *cautio* nel senso più speciale di questa parola, che indica una promessa scritta di pagare una somma determinata di pecunia (*certa pecunia*), nella più parte dei casi come conseguenza di un mutuo fatto o da farsi. E già nel linguaggio dei giureconsulti romani le due parole si trovano qualche volta unite (4);

(1) Ascon. in Verrem. II. 1, 23.
(2) Gai. 4, 171.
(3) L. 9. 17 § 1. D. de pact. 2. 14; L. 34. D. de recept. 4. 8; Tit. D. d. edendo 2. 13; L. 1 D. de ann. leg. 33. 1.
(4) L. 5 § 8. D. commod. 13. 6.

poi una costituzione di Alessandro Severo qualifica la *cautio* come obbligazione (5); infine al tempo di Arcadio, di Onorio e di Teodosio, essa ci è presentata da questi principi come il mezzo di formare la obbligazione letterale: *si quis debiti quod vel ex foenore, vel mutuo data pecunia sumsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in literarum obligatione, facta cautione translatum est* (6). Egli è precisamente ciò che ci dice Gaio dell'antico contratto *literis*: la traslazione di una obbligazione primitiva in una *literarum obligatio*. Ma quali erano gli effetti del chirografo così trasformato, o della *cautio* suo sinonimo?

Noi distinguiamo i due principali, ai quali trovava applicazione.

Uno di questi ci è noto: ma è duopo considerarlo adesso più di proposito. La stipulazione veniva di sovente consegnata in un documento (7): ma la scrittura non alterava punto la natura del contratto, che era e restava una obbligazione verbale (8). Essa non era che uno stromento probatorio, e quindi la sua efficacia poteva essere invalidata sia sotto il pretesto che la interrogazione non era preceduta alla risposta, sia sotto quello che le parti non erano presenti all'atto. A tutto ciò peraltro fu provveduto come sappiamo: sia grazie alla finzione che quando v'aveva uno stromento da cui constasse la promessa, questa si dovesse ritenere come susseguita alla interrogazione: *perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum sit* (9); sia con quella disposizione di Giustiniano, che anche la presenza delle parti dovesse ritenersi per vera fino alla evidente prova del contrario (10). In tal modo la scrittura acquistò una importanza che prima certamente non aveva. Poteva darsi che non vi avesse alcuna vera stipulazione; e nondimeno se la cosa era stata consegnata in una scrittura, questa poteva produrre una obbligazione come una stipulazione. Nè ciò è tutto; chè trattandosi della stipulazione

(5) L. 7 C. de non num. pec. 4. 30.

(6) L. 6 C. Th. de denunt. vel edict. rescripti 2. 4.

(7) p. e. L. 40 D. de R. C. 12. 1; L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1.

(8) Gai. 3, 134.

(9) Paul. R. S. V. 7. § 2; L. 134 § 2. D. de V. O. 45. 1; L. 1 C. de contr. stip. 8 38; § 8 I. de fidej. 3. 20.

(10) L. 12 C. de contr. stip. 8. 38; § 12 I. de inut. stip. 3. 19.

di un mutuo, la scrittura, con cui il debitore ne prometteva la restituzione, aveva una importanza anche materiale. Era possibile cioè che in onta alla stipulazione il mutuo non fosse stato effettivamente pagato: in tal caso competeva al debitore una speciale eccezione, detta *exceptio non numeratae pecuniae*, che il Gneist provò ad evidenza essere stata calcolata principalmente per le scritture di stipulazione. Tale eccezione però presenta più d'una particolarità. Anzitutto questa, che contrariamente alla regola generale: *reus in excipiendo actor est*, come dice elegantemente Ulpiano, l'onere della prova incombeva al creditore. Precisamente egli doveva provare che la numerazione delle specie aveva in realtà avuto luogo; e stando a una legge di Diocleziano e Massimiano, il motivo che suggerì questa regola particolare, derogatoria ai principii comuni, fu questo, che ragionevolmente una negativa non può essere provata (11). Un'altra spiegazione però ci pare più fondata e concludente, ed è: che la promessa per causa di mutuo si faceva di frequente presso i Romani prima della numerazione delle specie; che vi aveva in ciò una frequente e facile occasione di frode pel creditore; e che allontanandosi sempre più dallo stretto diritto civile, si ebbe meno riguardo alle parole e più alla realtà del mutuo, di maniera che si terminò coll'esigere dal creditore la prova di questa realtà. Ei fu questo un gran passo di più verso la decadenza della obbligazione civile conchiusa con parole solenni, perchè in fondo ciò che obbligava non erano più queste parole, ma era solamente la numerazione delle specie (12). D'altronde cotesta eccezione della non numerata pecunia non aveva efficacia che dentro un termine perentorio; il quale mentre fu prima di un anno, venne poi per Diocleziano portato a cinque e per Giustiniano a due (13). Trascorso questo termine, non si esigeva più dal creditore una prova, che il lasso di tempo avrebbe resa più e più difficile: il silenzio del debitore era interpretato come una confessione, come un tacito riconoscimento

(11) L. 10 C. de non num. pec. 4. 30.

(12) Ortolan III p. 261 seg.

(13) L. 1 C. Herm. de cauta et non num. pec.; L. 8. 9. 10. 14 pr. C. de non num. pec.; L. un. § 4 C. Th. si cert. petatur 2. 27; § un. I. de L. O. 3. 21.

che le specie erano state numerate, e la scrittura fondava per lui un'assoluto obbligo di pagamento.

Tuto ciò era stato stabilito pel caso di una stipulazione di mutuo consegnata in iscritto: ma i principii, che valevano per la scrittura in questo caso, non tardarono ad essere applicati anche ad altri. La *cautio* o il *chirographum* potevano occorrere anche senza la forma della stipulazione, come semplice attestazione di un mutuo ricevuto (14). Anche qui la scrittura non alterava punto il carattere ordinario della obbligazione di mutuo; e quindi se il creditore in base al chirografo sperimentava la *condictio ex mutuo*, il debitore poteva pur sempre negare che il denaro gli fosse stato effettivamente numerato e la prova della numerazione incombeva all'attore (15). Dal momento però che la *exceptio non numeratae pecuniae* era stata ristretta nel tempo pei documenti di stipulazione, quelle medesime restrizioni vennero applicate anche alla eccezione opposta ad un semplice chirografo. In altri termini, trascorso il tempo stabilito dalla legge, la eccezione della non numerata pecunia non poteva più essere sperimentata: il documento faceva anche qui prova piena contro colui che l'aveva firmato, e non si ammetteva la prova della falsità del fatto che il documento constatava (16). Era dunque possibile, che taluno senza stipulazione e senza vera numerazione, nondimeno soltanto in base della scrittura, *quia scriptum est*, fosse obbligato al pagamento. Il sottoscrittore era condannato per la sola esistenza del documento; laonde questo non era un mezzo probatorio: era una causa di obbligazione; e non dee sorprendere che Giustiniano la dicesse una obbligazione letterale (17). Eccezionalmente era interdetta la *exceptio non numeratae pecuniae:*

1. Quando, posteriormente all'atto, il signatario vi avesse rinunciato (18), o avesse riconosciuta la numerazione (19).

(14) L. 41 § 2 D. de usur. 22. 1.
(15) L. 3. 5. 7 C. de non num. pec. 4. 30.
(16) L. 8. 14 C. de non num. pec. 4. 30; cf. Tit. in f. I. de lit. obl. 3. 21.
(17) § un. I. de lit. obl.; Theoph. ad h. l.
(18) Arg. L. ult. C. de non num pec.
(19) L. 4 C. eod.

2. Quando il documento fosse fatto a favore di un argentario (20).

Analogamente il principio, che serve di base al chirografo di mutuo, fu anche applicato alla dote promessa ma non numerata, nel caso che il coniuge ne avesse in un documento qualunque confessato il ricevimento. Egli cioè, o il suo erede potevano ripetere il chirografo contenente quella confessione, o respingere l'azione di chi per legge avea diritto di chiedere la restituzione della dote colla *exceptio dotis cautae sed non numeratae.* Anch'essi peraltro non potevano valersi di questi mezzi che dentro un termine perentorio, che era diverso secondo la maggiore o minore età del coniuge e la durata del matrimonio. Il marito poteva sperimentarli durante un anno se il matrimonio era durato meno di due, e durante tre mesi se il matrimonio era durato più di due anni, ma meno di dieci. Decorsi questi termini, come pure nel caso che il matrimonio fosse durato più di dieci anni, il marito e il suo erede erano obbligati senz'altro in forza del chirografo, sebbene la dote non fosse stata effettivamente numerata. Chi contraeva matrimonio, essendo minore, aveva un lasso di dodici anni per esercitare il diritto in discorso: se moriva prima dello spirare dei medesimi, il suo erede maggiore di età aveva un termine di un anno, il suo erede minore ne aveva cinque. Questi termini cominciavano a decorrere dal giorno dello scioglimento del matrimonio (21).

Ma i principii che valgono pel mutuo sono essi applicabili, oltre che alla dote, anche agli altri casi, in cui il fatto del ricevimento è importante pel diritto del creditore, e il documento ne contiene una attestazione? Certo è, che non trovano applicazione al caso di un deposito (22): ma, relativamente agli altri casi le opinioni sono discordi. Alcuni li ritengono applicabili senz'altre distinzioni (Unterholzner); altri ne limitano l'applicazione ai rimanenti contratti reali (Cuiaccio); i più ne rigettano ogni applicazione, e credo a buon diritto. Per cui la obbligazione letterale del nuovo diritto romano resta limitata ai chirografi che hanno per obbietto un mutuo o una dote.

(20) Nov. 136 c. 5.
(21) Tit. C. de dote cauta non numer. 5. 15; Nov. 100.
(22) L. 14 § 1 C. de non num. pecunia.

2. I contratti reali.

A. *I contratti reali nominati.*

a. *Il mutuo.*

aa. *Del mutuo in generale.*

Tit. D. de rebus creditis, si certum petatur et de condictione (12. 1); C. de rebus creditis et jurejurando (4. 1); si certum petatur (4. 2).
Cuiacii, opp. VII p. 622 seg. **Donelli,** comment. XIV. c. 1 e opp. VII. p. 562 seg. X. p. 17 seg. **Glück** XI p. 464 seg. XII p. 1 seg. **Luden,** nel Rechtslex. di Weiske III. s. v. Darlehen. **Heimbach,** die Lehre vom Creditum. Lips. 1849. **Vangerow,** § 623.

I. Il mutuo è quel contratto reale di stretto diritto per cui si trasferisce in altri la proprietà di cose fungibili coll'obbligo di restituire altrettanto dello stesso genere e qualità. Esso è dunque un contratto essenzialmente unilaterale: soltanto il mutuante acquista diritti; il mutuatario non ha che obblighi.

I suoi estremi sono i seguenti:

1. Le cose che vengono date a mutuo debbono essere cose fungibili, ossia surrogabili, come denaro, vino, olio, frumento ecc. (1). Se invece il mutuatario avesse ricevuto delle cose non fungibili per venderle e ritenerne il prezzo a titolo di mutuo, questo non esisterebbe se non dopo conseguito il prezzo (2).

2. È necessaria la dazione di queste cose, cioè il creditore deve farne proprietario il debitore; e questa condizione è talmente essenziale che i giureperiti romani amano di dedurne il nome stesso del contratto, *mutuum quia ex meo fit tuum* (3). La *mutui datio* contiene dunque una vera alienazione (4). Perciò si esige che il mutuante medesimo sia proprietario delle cose mutuate (5), ed abbia la capacità di alienare (6). Altrimenti non vi avrebbe passaggio di proprietà, e il proprietario

(1) L. 1 § 2. D. de O. et A. 44. 7; L. 2 § 1. 3 D. h. t.; pr. I. quib. mod. re contr. oblig. 3. 14.

(2) L. 11 pr. D. h. t.; L. 8 C. eod.; L. 19 pr. D. de praescr. verb. 19. 5.

(3) pr. I. quib. mod. re contr. oblig.; L. 2 § 2 D. h. t.

(4) § 2 pr. I. quib. alien. lic. 2. 8; L. 9 pr. D. de auct. et cons. tut. 26. 8; L. 16 D. h. t.

(5) L. 2 § 4. L. 16 D. h. t.

(6) § 2. quib. alien. lic. 2. 8; L. 9 pr. D. de auct. et cons. tut. 26. 8.

potrebbe rivendicare le sue cose. Del resto ciò che non accade tosto può accadere in seguito per la speciale natura delle cose fungibili, e massimamente del denaro. L'accipiente può acquistarne la proprietà o almeno ricavarne quegli stessi vantaggi come se fosse proprietario sì da essere pienamente garantito da ogni *rei vindicatio* od *actio ad exhibendum*. Il primo caso si verifica p. es. se confonde la cosa ricevuta colle cose proprie, o la usucapisce; il secondo specialmente se la consuma o aliena in buona fede. In questi casi ne deriva molto naturalmente una *condictio* per il datore, la quale non è altra cosa se non la *condictio ex mutuo*, quantunque spesso la si voglia risguardare come una *condictio sine causa* o una *condictio sui generis* (una c. d. *condictio de bene depensis* o *de bona fide consumtis)* (7). Insomma vi è una vera convalescenza del mutuo, come è detta dai commentatori.

3. La forma con cui la proprietà viene trasferita è la tradizione; ma non è necessario che il creditore stesso trasferisca la cosa al debitore. Almeno la posteriore dottrina dei giureperiti romani ritenne che v'avesse un mutuo anche in alcuni casi, nei quali non v'era una consegna immediata e corporale, e il fece applicandovi i pincipii della *traditio brevi manu*. Così: se il creditore dà commissione al suo debitore di fare il pagamento al futuro mutuatario (8); o conviene col proprio debitore che abbia quinc'innanzi ad avere il denaro a titolo di mutuo (9). Nè altrimenti si ritiene che v'abbia un mutuo, se io consegno delle cose ad alcuno perchè le venda e ne ritenga il prezzo ricavatone come mutuo (10). Finalmente se taluno dà un mutuo in nome di un terzo, questi può senz'altro sperimentare la *condictio mutui*, nè importa che il pagatore abbia agito come mandatario o come *negotiorum gestor* (11).

4. Il semplice trasferimento della proprietà non è ancora

---

(7) § 2. I. quib. alien. lic.; Teoph. ad h. l.; L. 11. § 2. L. 12. 13 pr. § 1. L. 19. pr. § 1 D. h. t.; L. 24. pr. § 2. D. de O. et A. 44. 7; L. 56 § 2. D. de fidej. 46. 1.

(8) L. 34 pr. D. mand. 17. 1; L. 15. D. h. t.

(9) L. 15 D. h. t.

(10) L. 11 pr. D. h. t.; cf. L. 8. C. si cert. petat. 4. 2.

(11) L. 2 § 4. L. 9 § 8. D. h. t.; L. 126 § 2 D. de V. O. 45. 1.

una *mutui datio:* ma è necessario che tra il mutuante e il mutuatario sia stata convenuta la restituzione della cosa in genere (12). Perciò dice Ulpiano: Se io ti consegno del denaro a titolo di donazione e tu lo ricevi a titolo di mutuo non esiste nè donazione nè mutuo (13).

II. Ora sono da vedere gli effetti del mutuo.

Già dissi che ogni mutuo contiene un'alienazione. La quantità di cose fungibili date a mutuo deve passare dalla sostanza del mutuante in quella del mutuatario; il quale contrae l'obbligo di restituire altrettanto in genere e qualità (14).

Perciò, e quasi non accorrerebbe il dirlo, se la cosa mutuata perisce dopo la tradizione, essa perisce pel mutuatario, appunto perchè essendo debitore di genere non può trovarsi mai nella impossibilità di eseguire la sua obbligazione (15).

Ancora, egli deve restituire la stessa quantità che ha ricevuto. Non può dare meno, salvo il caso di una convenzione contraria (16): ma non può neppure essere obbligato a dar di più, ed anzi la convenzione che avesse a restituire più di quello che ha ricevuto sarebbe vacua di effetto (17). Ciò peraltro non è propriamente un carattere del mutuo come tale: ma secondo le idee romane ha il suo fondamento nella natura generale dei contratti reali (18). Quinci ne segue che gli interessi sono a rigore incompatibili col mutuo; e questo rigore di principii fu sempre mantenuto nel mutuo di denaro, che forma il *negotium stricti juris* per eccellenza. La convenzione delle usure per aver efficacia doveva essere rivestita della forma civile della stipulazione fatta separatamente e indipendentemente dal mutuo; e perciò anche il pagamento degli interessi non poteva chiedersi se non coll'azione particolare risultante dalla stipulazione (19). Nondimeno nel mutuo di altre cose fungibili si finì coll'ammettere che

(12) L. 3 § 1 D. de O. et A. 44. 7.

(13) L. 18 pr. D. h. t.

(14) L. 2 pr. L. 3 D. h. t.

(15) L. 1 § 4. pr. D. de O. et A. 44. 7; § 2. I. quib. mod. re contr. obl. 3. 14.

(16) L. 11 § 1 D. h. t.

(17) L. 11 § 1 D. h. t.; L. 17 pr. D. de pact. 2. 14.

(18) L. 17 pr. D. de pact.; L. 9 C. de non num. pec. 4. 30.

(19) L. 24 D. de praescr. verb. 19. 5; L. 3. 7. C. de usur. 4. 32.

le usure potessero essere promesse anche per semplice patto adietto.] Questa facoltà è accordata da un rescritto di Alessandro Severo pel prestito di derrate (20). Altre costituzioni imperiali permettono di farsi promettere delle usure per semplice patto nel prestito marittimo *(foenus nauticum)* (21), e nei prestiti fatti dal fisco o da certe città (22).

Il mutuo di danaro offre anche delle particolarità per ciò che concerne la restituzione del capitale mutuato. Il mutuatario può restituire delle specie metalliche differenti da quelle ricevute, purchè abbiano corso (23), e il mutuante non ne risenta danno (24), e non vi osti una esplicita convenzione in contrario. Se fra il momento in cui il danaro fu dato a mutuo e il momento in cui vuol essere restituito, le specie metalliche avessero subito un mutamento di valore, già dicemmo in altra occasione che il ragguaglio fra la moneta ricevuta e quella che si restituisce dovrà farsi avuto riguardo al valore corrente al tempo del pagamento (25).

Il tempo della restituzione sarà di regola fissato; ove nol fosse il mutuatario deve fare la restituzione ad ogni richiesta del mutuante (26).

Dal mutuo non nasce che una sola azione, la *condictio certi* (27), che volendo indicarne la fonte può dirsi *condictio ex mutuo,* la quale spetta al mutuante contro il mutuatario per ottenere la restituzione di ciò che gli ha dato. Invece non vi è azione contraria, quantunque in teoria si possano anche concepire degli obblighi eventuali a carico del mutuante. In questi casi nei quali potrebbe avervi a rigore un'*actio mutui contraria,* è ammessa invece una eccezione di ritenzione, o l'azione della legge Aquilia e persino quella del dolo, posto che il mutuante avesse agito coll'intenzione di nuocere, p. es. col dare monete false o grano avvelenato

(20) L. 12 C. de usuris.

(21) L. 5 § 1. L. 7. D. de naut. foen. 22. 2.

(22) L. 30 43 D. de usur.

(23) arg. L. 65. § 1 D. de V. O. 45. 1; v. anche L. 24. § 1 D. de pign. act.

(24) L. 99. D. de solut. 46. 3.

(25) L. 1 pr. D. de C. E. 18. 1; L. 1 § 1. L. 9 D. de aur. arg. leg. 34. 2; L. 1. 94. § 1 D. de sol. 46. 3.

(26) L. 2 § 6 D. de doli mali exc. 44. 4.

(27) pr. I. quib. mod. re contr. oblig; L. 9. pr. D. h. t.

bb. *La pecunia trajectitia.*

Tit. D. e C. de nautico foenore (22. 2 — 4. 33); Nov. 106.
Glück XXI. p. 151 seg. **Huschke**, das Schiffsdarlehn des Callimachus, L. 122 § 1. de V. O. (Giess. Zeitschr. N. S. X. 1). **Goldschmidt**, Untersuchungen zur L. 122 § 1. D. de V. O. Edelb. 1855.

Una specie particolare di mutuo è la *trajectitia pecunia* (1), detta altresì *nautica pecunia* (2). Essa ha luogo se i denari sono destinati a passare il mare, o in natura o in merci comperate coi medesimi; e il sovventore ne assume il rischio (3), contrariamente alla regola generale per cui il mutuatario è sempre obbligato a restituire senza che possa giovarsi della perdita della somma mutuata. Ma per qual tempo viene assunto questo rischio? Il sovventore lo sopporta sempre dal momento della partenza della nave (4); e in via ordinaria fino al giorno in cui il denaro arriva al luogo della sua destinazione (5). Nondimeno se il cominciamento è sempre il medesimo, il momento finale può essere variamente determinato (6). Ad ogni modo il mutuante assume solamente il rischio di ciò che relativamente al mutuatario può essere considerato come un caso fortuito, ma non assume anche la colpa di lui (7).

Ordinariamente solevano anche esigersi delle usure, non tanto in risarcimento del valore d'uso, quanto in correspettività dei rischi; e allora il contratto assumeva il nome di *foenus nauticum*. Appunto perchè questi interessi erano dati come *praemium periculi*, la legge permetteva al mutuante di esigerli più elevati degli ordinari. Anzi in antico e' non avevano limiti (8); e solo per Giustiniano furono fissati, come dicemmo altra volta, al dodici per cento, *usurae centesimae*, calcolate secondo il tempo del viaggio (9).

(1) L. 1 pr. D. de naut. foen. 22. 2; L. ult. C. eod.
(2) L. 3 D. eod.
(3) L. 1. 3 D. eod ; L. ult. C. eod.
(4) L. 3 D. eod.
(5) L. ult. C. eod.
(6) L. 4 pr. L. 6. D. eod.
(7) L. 3 C. eod.
(8) Paul. II. 14. 3; L. 4. § 1. L. 5 D. de naut. foen; L. 2 C. eod.; cf. L. 4 pr. D. e L. 1 C. eod.
(9) L. 26 § 1 C. de usur. 4. 32.

Una costituzione posteriore rese una maggiore libertà ai contraenti ammettendo il dieci per cento e una commissione straordinaria, o il dodici per cento del capitale pel viaggio, anche allorquando e' durava meno d'un anno (10); senonchè tale disposizione fu abolita poi dal medesimo imperatore, che ristabilì la sua anteriore costituzione (11). La pratica, ritornata a ragione al diritto dei tempi classici, ammise una piena libertà di contrattazione. Osservo altresì che il *foenus nauticum* non abbisognava punto della forma della stipulazione, ma bastava ad esso anche un semplice patto (12); mentre, come dicemmo, la stipulazione era necessaria nel mutuo ordinario di denaro per farsi promettere delle usure.

I principii della *pecunia trajectitia* furono estesi col tempo ad ogni operazione, anche non marittima, in cui il mutuante si obbligasse a non esigere la restituzione che all'avverarsi di una certa condizione. Il pericolo consiste in questo caso per lui nel non adempimento della condizione (13).

---

cc) *Il senatoconsulto Macedoniano.*

Tit. D. e C. de Senatusconsulto Macedoniano (14. 6 — 4. 28).

Glück, XIV p. 302 seg. **Savigny**, Syst. V. p. 374 seg. VIII p. 77 seg. p. 115 seg. **Dietzel**; das S. C. Macedon. Lips. 1856. **Dueckers**, de S. C. Macedon. Berl. 1866. **Vangerow**, § 245.

Sotto Claudio nell'anno 800 di Roma (1) fu proibito di dare dei danari a mutuo a un figlio di famiglia. Si voleva con ciò porre un argine ai traviamenti e forse ai delitti a cui i figliuoli soggetti alla patria potestà possono venir trascinati dai debiti. Nè un tal mutuo doveva acquistare validità neppure dopo la morte del *paterfamilias* (2). Ancora, non si badava punto nè al

(10) Nov. 106.
(11) Nov. 110: questa novella però non è chiosata.
(12) L. 5 § 1. L. 7 de naut. foen.
(13) L. 5 D. eod.
(1) Tac. Ann. XI. 13; Teoph. IV. 7 § 7; cf. Bach, hist. jurispr. rom. lib. III. c. 1 sect. 3 § 19; Hugo R. G. 11 ed p. 775.
(2) L. 1 pr. D. h. t.

sesso nè al grado (3), nè alla dignità, ammenochè questa non fosse tale da liberare il figlio dalla *patria potestas* (4). Invece il senatoconsulto non trovava applicazione ad altre operazioni diverse dal mutuo di danari (5), salvo se fatte per raggirare la legge (6); e il momento decisivo non era già quello degli accordi, ma quello della effettiva numerazione (7).

Il mutuante che richiedeva la restituzione poteva essere respinto colla *exceptio Senatusconsulti Macedoniani;* e questa spettava tanto al *filiusfamilias* quanto al padre, sì durante la *potestas* che dopo, come altresì agli eredi (8), e ai fideiussori e mandatari del *filiusfamilias* in quanto avessero il regresso contro di lui in caso di pagamento (9).

La eccezione conserva la sua validità persino contro l'*actio judicati* (10): ma propriamente non distrugge che l'elemento civile della obligazione. Il senatoconsulto Macedoniano mentre non riconosce esistere obligazione civile nel figlio di famiglia pel denaro mutuatogli, riconosce esistere in lui una obligazione naturale; e quindi il pagamento esclude la *condictio indebiti* (11). D'altronde si suppone che il pagamento sia fatto validamente. Perciò se il figlio avesse pagato coi denari altrui contro la volontà del proprietario, questi avrebbe il diritto della vindicazione, e anche il padre potrebbe in questo modo ripetere i suoi denari (12). Invece non pare che facesse breccia l'idea di attribuire al padre anche una *condictio*, cioè un'azione personale in luogo della vindicazione nel caso che i denari fossero stati consumati (13).

L'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* cessava in alcuni casi sì pel padre che pel figlio:

---

(3) L. 9 § 2 L. 14 D. h. t.; L. 6 § 1 C. eod.; § 7. I. quod cum eo contr. est. 4. 7.

(4) L. 1 § ult. D. h. t.;

(5) L. 3 § 3. L. 7. § 3. D h. t; L. 3 C. eod.

(6) L. 3 § 3. L. 7 § 3 D. h. t.

(7) L. 3 § ult. L. 4 D. h. t.

(8) § 7 I. quod cum eo qui in al. pot.; L. 7. § 10. L. 9 § 3. D. h. t.

(9) L. 9 § 3 D. h. t.; § 7 I. cit.

(10) L. 11 D. h. t..

(11) L. 40 pr. D. de cond. indeb. 12. 6; L. 9 § 4. 5. L. 10 D. h. t.

(12) L. 9 § 1 D. h. t.; L. 14 D. de R. C. 12. 1.

(13) L. 26 § 9. D. de cond. indeb. 12. 6.

1. Allorquando il creditore aveva delle buone ragioni per ritenere che il figlio fosse un *paterfamilias* (14), sia che il figlio stesso nel contrattare si fosse spacciato o no per persona *sui juris*.

2. Allorquando il padre avesse acconsentito al mutuo (15), sia espressamente o tacitamente (16), in ispecie se avesse costituito il figlio capitano di un suo bastimento o preposto a una sua *taberna* perchè vi esercitasse il commercio (17), o avesse ratificata di poi la convenzione (18).

3. Allorquando il danaro era stato impiegato in vantaggio del padre (19), ma naturalmente fino alla concorrenza di ciò che fu *in rem patris versum*.

4. Allorquando il figlio aveva impiegato il danaro per pagare un altro debito validamente contratto (20).

5. Allorquando il figlio fosse stato militare al momento del mutuo (21).

6. Finalmente se non esisteva un vero mutuo, p. es. perchè il creditore era ancora impubere, o come figlio di famiglia non aveva alcuna sostanza soggetta alla sua libera disposizione (22); anzi perfino se era minore (23).

In altri casi il solo figlio di famiglia non poteva opporre la eccezione del senatoconsulto, ed erano:

1. Se egli aveva un peculio castrense, ma naturalmente fino alla concorrenza del medesimo (24); e ciò che vale del peculio castrense deve anche applicarsi al peculio quasi castrense e al così detto avventizio irregolare.

2. Se egli divenuto *sui juris* aveva riconosciuto il mutuo (25);

(14) L. 3 pr. § 1. L. 19 D. h. t.; L. 2 C. h. t.
(15) L. 2 C. h. t.
(16) L. 7 § 15. L. 12. 16 D. h. t.
(17) L. 7 § 11. D. h. t.
(18) L. ult. pr. C. h. t.
(19) L. 7 § 12. 13. D. h. t; L. 2. 5 C. h. t; Nov. 115 c. 3 § 13.
(20) L. 7 § 14 D. h. t.
(21) L. ult. § 1 C. h. t.
(22) L. 3 § 2. D. h. t.
(23) L. 11 § 7. D. de minor. 4. 4.; L. 34 pr. D. eod.
(24) L. 1 § ult. L. 2 D. h. t.
(25) L. 2 C. h. t.

e bastava anche un tacito riconoscimento purchè abbracciasse veramente tutto il debito (26).

---

b. *La fiducia.*

Conradi, exercit. II. de pacto fiduciae. Elmst. 1722 **Stas**, de contractu fiduciae. Leod. 1824. **Zachariä**, de fiducia. Gott. 1830. **Pauly**, Real-Encykl. III p. 475 seg. **Rudorff**, üb. die Pfand-Klagen (Zeitschr. f. gesch. R. W. XIII p. 182 seg.). **Thierbach**, hist. jur. civ. de pign. Lips. 1814. **Muther**, Sequestration u. Arrest im R. R. Lips. 1856. p 377 seg.

Tra i contratti il cui vincolo obbligatorio nasce dalla cosa, *res*, ovvero la cui condizione essenziale e carattestica è la consegna di una cosa, ricordiamo anche la fiducia, che riconosciuta dal diritto civile antico, più non si trova nel diritto giustinianeo.

Essa era un contratto reale mediante il quale una persona trasferiva ad un'altra la proprietà di una cosa a condizione che dovesse restituirla dopo adempito un determinato scopo. In questo modo poteva segnatamente venir data una cosa in custodia a un amico o per assecurare l'esecuzione di una obbligazione. Ecco ciò che ne dice Gaio: *cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent* (1).

La fiducia adunque supponeva innanzi tutto la dazione della cosa; cioè la trasmissione della proprietà nell'accipiente; e il datore stesso doveva per conseguenza esserne proprietario e avere la capacità di alienare. Non era però essenziale che lo accipiente ne avesse anche il possesso e il godimento. Ciò non avveniva certamente nella custodia; che se la cosa era data affine di assicurare l'esecuzione di un'obbligazione, l'uno e l'altro erano lasciati ordinariamente al debitore, sia gratuitamente, *precario*, sia verso un canone che il debitore pagava al creditore (2). Anzi quand'anche il creditore avesse avuto il possesso e il godimento della cosa, egli non godeva dei frutti, dell'opera dei servi ecc. che a condizione di diminuire il credito in proporzione del godimento (3).

---

(26) L. 7 § ult. L. 9 D. h. t.

(1) Gai. 2, 60; v. anche Boethius in Topica 10.

(2) Gai. 2, 60 in f.

(3) Paul. II. 13. 2.

La trasmissione della proprietà accadeva nella solita forma della *mancipatio* e della *in jure cessio* (4). Perciò la fiducia era un contratto che non poteva farsi tra' peregrini nè relativamente a delle cose estranee all'*Ius Quiritium*.

Alla trasmissione veniva aggiunta la clausola fiduciaria per la remancipazione o retrocessione della cosa (5), e anche questo era essenziale al concetto.

Il giudizio che ne derivava era un giudizio di buona fede (6), in cui la condanna per la mostrata infedeltà portava l' infamia (7), e il consegnatario aveva l'obbligo di restituire la cosa dopo adempito lo scopo per cui il contratto era stato conchiuso. La proprietà peraltro non tornava di pien diritto all'antico proprietario, ma a tal uopo era necessario un nuovo acquisto, e precisamente una nuova *mancipatio* o *in jure cessio* (8). Nondimeno se egli l'aveva posseduta per un anno, ne riacquistava il dominio per usucapione, quantunque a rigore non fosse punto di buona fede, *usureceptio* (9).

Chi avea ricevuta la cosa poteva alla sua volta domandare il rimborso delle spese fatte intorno ad essa (10).

Tal era la fiducia; e non farà meraviglia, ch' essa scomparisse col tempo dalla vita giuridica dei Romani. Essa presentava sopratutto un grave inconveniente; perchè a non ripetere che era limitata sì nelle persone e sì nelle cose, dacchè supponeva il *commercium* tanto subiettivamente quanto obbiettivamente, c'era questo di male che metteva d'ordinario chi avea data la cosa in balìa di chi l' avea ricevuta. Era dunque naturale che si facesse sentire il bisogno di avere dei mezzi più sciolti e più sicuri, che senza esigere le formalità della *mancipatio* e della *in jure cessio* conducessero nondimeno al medesimo fine.

(4) Gai. 2, 59; Isid. Orig. 5, 25.

(5) Boeth. in Top. 10.

(6) Cic. de off. III. 15. 17; epist. VII. 12; Paul. R. S. II. 13. 5; Coll. leg. Mos. X. 2 § 2.

(7) Cic. pro Roscio Com. 6; pro Caecina 3; Lex Iulia munic. lin. 37.

(8) Boeth. in Top. 10.

(9) Gai. 2, 59. 60.

(10) Paul. II. 13. 7.

c. *Il commodato*

Tit. D. Commodati vel contra (13 6); C dc commodato (4. 23).
Glück XIII. p. 426 seg. **Schmidt,** das commodatum u. precarium Lips. 1844. **Heimbach,** nel Rechtslexicon di Weiske VI. p. 654.

I. Il commodato è un contratto reale col quale una persona, che dicesi commodante, consegna gratuitamente una cosa ad un'altra, che dicesi commodatario, perchè l'adoperi a un fine determinato e poi la restituisca in ispecie (1).

Esso suppone adunque le condizioni seguenti:

1. La tradizione della cosa. Il commodato non è fondato che con essa. La semplice promessa di concedere il commodo dell'uso non crea ancora il commodato: ma quando questa promessa fosse stata rivestita della forma della stipulazione poteva far luogo a un'azione d'indennità nel caso d'inadempimento.

2. Conviene che l'intenzione comune delle parti sia questa, che il commodatario si serva della cosa. La tradizione adunque non trasmette al commodatario nè la proprietà nè il possesso (2); ned è necessario che il commodante sia proprietario della cosa, ma basta che ne possa disporre fisicamente (3). Il commodatario ottiene solamente la detenzione, che è necessaria perchè possa usare della cosa commodata. La natura e la durata dell' uso vengono determinati dalla volontà del contratto, e in difetto è decisiva quella del commodante (4). Il commodatario che scientemente si servisse della cosa commodata per un uso diverso da quello stabilito, si renderebbe reo di un *furtum usus* (5).

3. L'uso stesso dev'essere gratuito (6). Se il commodatario si obbligasse a dare al commodante un correspettivo, il contratto muterebbe natura: degenererebbe cioè o in una locazione e conduzione o in un contratto innominato, secondo che questo

(1) L. 1 § 1 D. h. t.
(2) L. 8. 9. D. h. t.; L. 3 § 20 D. de possess. 41. 2.
(3) L. 15. 16 D. h. t.
(4) L. 17 § 3 D. h. t.
(5) § 6. 7. I. de obl. quae ex del. 4. 1.
(6) § 2 in f. I. quib. mod. re contr. obl. 3. 14.

correspettivo consistesse in denaro o in altra cosa (7). Ne segue adunque che il commodato vien conchiuso di regola nell' interesse unilaterale del commodatario: ma può darsi eccezionalmente che vi sieno interessate ambe le parti (8), e perfino che sia conchiuso nell'esclusivo vantaggio del commodante (9).

4. Per ultimo occorre che sia pattuita la restituzione in ispecie. Perciò le cose fungibili non si prestano di regola ad essere obbietto di commodato, e quelle che si consumano coll'uso non lo possono assolutamente (10). Invece non importa che le cose sieno mobili o immobili, almeno in gius nuovo: ma ai tempi di Labeone non si applicava il nome di commodato se non alle cose mobili. Trattandosi di immobili, il contratto si addimandava *utendum datum*; e perchè il precario importava pure un *utendum dari*, così questo rassomigliava per tal riguardo ad esso, salvo che il concedente non aveva l'obbligo di lasciare la cosa al concessionario finchè ne avesse usato, ma poteva ripeterla ad arbitrio (11).

II. Il commodato è un contratto di buona fede, e quindi possono avervi dei diritti ed obblighi da ambe le parti; e sebbene ne nasca direttamente una sola azione, l'*actio commodati directa* che spetta al commodante, nondimeno anche il commodatario può sperimentare eventualmente un'azione contraria. Il commodato insomma è un contratto sinallagmatico imperfetto. Ora sono da vedere gli obblighi che derivano da esso.

1. Noi consideriamo in prima quelli del commodatario.

a. Il suo obbligo principale sta nella restituzione della cosa in ispecie, senza deterioramento e *cum omni causa* (12): egli deve anche restituirla nel giorno fissato, ma non può esser obbligato a restituirla prima (13).

b. A questo riguardo egli risponde in via ordinaria di ogni colpa conformemente alla regola generale, perchè d'ordinario

(7) § 2. I. de loc. et cond. 3. 24; L. 17 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5.

(8) L. 18 pr. D. h. t.

(9) L. 5 § 10 D. h. t.

(10) L. 3 § ult. L. 4 D. h. t.

(11) L. 1. § 1 D. h. t.; L. 17 pr. D. de praescr. verb. 19. 5.

(12) § 2. I. quib. mod. re contr. oblig.; L. 3. § 1 D. h. t.; L. 38. § 10 D. de usur. 22. 1.

(13) L. 17 § 3 D. h. t.

egli solo risente vantaggio dal contratto (14): ma non risponde del caso fortuito che qualora sia un *casus dolo* o *culpa determinatus* (15), o la cosa gli sia stata consegnata stimata (16). Se il commodato è fatto nell'interesse d'ambe le parti, il commodatario non presta come il socio che quella diligenza ch'ei suole mettere nei propri affari (17); se il solo commodante ne risentiva il vantaggio la responsabilità del commodatario era limitata al dolo e alla colpa lata (18).

2. Il commodante alla sua volta ha gli obblighi seguenti:

a. Di lasciar godere il commodatario della cosa commodata pel tempo e nel modo stabilito (19).

b. Rimborsarlo di tutte le spese che ha dovuto fare sulla cosa, purchè non sieno condizione del godimento (20).

c. Risarcirlo di ogni altro danno che gli fosse derivato per suo dolo o colpa lata (21): ma non risponde della colpa lieve che nel caso or ora accennato, in cui il contratto ridondasse anche a sua utilità.

d. Per ultimo se il commodatario, avendo smarrita o perduta la cosa, ne avea dovuto pagare il valore al commodante, questi, ritrovata che l'abbia, deve rendergli il valore pagato (22).

---

d. *Il deposito.*

Tit. D. e C. Depositi vel contra (16. 3 — 4. 34); Nov. 73. 88.

aa. *Del deposito in generale.*

Donelli, comment XIV. c. 2. § 8. 9. c. 3 ed opp. VIII. p. 481 seg. **Glück,** XV. p. 137 seg. **Philipsborn,** de natura depositi et mandati Berl. 1866. **Köchy,** ob ein Depositar befugt sei die Zurückgabe wegen der verwendeten Kosten zu verweigern (Medit. n. 25). **Asher,** üb. Depositumsklagen d. class. röm. R. (Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XXII).

---

(14) § 2 I. quib. mod. re contr. obl.; L. 5. § 2-5. 15 in f. L. 18 pr. D. h. t; L. 1 § 4. D. de O. et A. 44. 7; § 18 pr. I. de oblig. quae ex del. 4. 1.

(15) § 2. I. cit.; L. 5 § 4. 7. 13. 14. L. 10. 18 pr. D. h. t.

(16) L. 5 § 3 D. h. t.

(17) L. 18 pr. D. h. t.

(18) L. 5 § 10 D. h. t.

(19) L. 17 § 3 D. h. t.

(20) L. 18 § 2 D. h. t.

(21) L. 17. § 3 L. 18 § 3. L. 22 D. h. t.

(22) L. 17 § ult. D. h. t.

I. Il deposito è quel contratto reale di buona fede con cui si consegna a taluno una cosa mobile perchè la custodisca gratuitamente coll'obbligo di restituirla in ispecie ad ogni inchiesta (1). Chi consegna la cosa chiamasi depositante, chi la riceve depositario. Alla esistenza di questo contratto sono dunque necessarie le condizioni seguenti:

1. La tradizione. Come contratto reale, anche il deposito si conchiude mediante la consegna della cosa, e quindi vuol essere esattamente distinto da un semplice *pactum de deponendo.*

2. Soltanto una cosa mobile può essere obbietto di deposito; il che si rileva dalla etimologia della voce deposito: *depositum ex eo quod ponitur* (2); oltredichè non occorre nelle nostre fonti un solo passo ove si accenni al deposito di cose immobili, ma tutti si riferiscono manifestamente a cose mobili (3). Invece è indifferente che la cosa sia fungibile o non fungibile, consumabile o non consumabile. Si possono depositare anche cose altrui, e persino cose rubate (4). Soltanto è impossibile in tesi generale il deposito di cose che appartengono in proprio al depositario, non potendo egli avere la seria intenzione di custodire la sua cosa per un altro (5): ma si capisce del resto che anche il deposito della nostra cosa può avere validità in alcuni casi eccezionali; p. es. quando il conduttore o l'usufruttuario depositassero per un certo tempo la cosa locata o soggetta all'usofrutto presso il proprietario, che l'accetta in conoscenza di causa (6).

3. Il depositario non diventa nè proprietario, nè possessore, ma semplice detentore della cosa (7), coll'obbligo di custodirla e restituirla in ispecie. La tradizione vuol esser fatta con questa comune intenzione; ed è per essa che il deposito si distingue da altri contratti. Il depositario non può neppure usare della cosa; e se lo fa scientemente contro la volontà del depositante commette un furto d'uso (8).

---

(1) L. 1 pr. D. h. t.
(2) L. 1 pr. D. h. t.
(3) L. 1 § 8 seg. D. h. t.
(4) L. 1 § 39. L. 31 § 1 D. h. t.; L. 64 D. de judic. 5. 1.
(5) L. 15. 31 § 1. D. h. t.; L. 45 D. de R. I. 50. 17.
(6) arg. L. 31 § 1 D. h. t.
(7) L. 17. § 1 D. h. t.; L. 3 § 20. D. de posses. 41. 2.
(8) § 6 I. de obl. quae ex del. 4. 1; L. 3 C. h. t.

4. Il deposito è essenzialmente gratuito. Una mercede pattuita lo farebbe degenerare in altro contratto, cioè in una locazione e conduzione di opere, o in un contratto innominato, a seconda che consistesse in una somma di danaro o in altra cosa (9). Ciò non toglie però che possa in appresso venir accordata una rimunerazione (10).

II. Appare dunque manifesto dal concetto di questo contratto che anch'esso è conchiuso nell'interesse di una sola parte, cioè del depositante; mentre il depositario non agisce che nell' interesse di questo. Ne discende pure, che appartiene alla categoria dei contratti sinallagmatici imperfetti. Esso fa luogo direttamente a una sola obbligazione, quella del depositario, e per conseguenza ne deriva direttamente una sola azione, l'*actio depositi directa*, che è infamante (11): nondimeno ci possono essere anche degli obblighi eventuali del depositante, e quindi un' *actio depositi contraria*. Noi consideriamo particolarmente gli uni e gli altri.

1. Obblighi del depositario.

a. L'obbligo principale del depositario sta nel custodire la cosa e restituirla in ispecie, senza deterioramento e *cum omni causa* al depositante ad ogni richiesta di lui (12). Quest'obbligo è talmente sacro che il depositario non potrebbe rifiutarne l'esecuzione per nessun pretesto, neppure con una eccezione di compensazione o retenzione (13); neppure per la proibizione di un terzo (14), ammenochè questo terzo non alleghi di essere proprietario (15); anzi neppure se il depositario potesse dimostrare immediatamente che la cosa depositata appartiene a lui stesso, purchè questa circostanza non avesse per effetto di togliere alla tradizione della cosa il carattere di un deposito. Di regola il depositario deve prima restituire la cosa, poi far valere le sue ra-

(9) L. 19 D. commod. 13. 6; § ult. I. de mand. 3. 26; L. 1 § 8-10 D. h. t.

(10) L. 2 § 24. D. vi bon. rap. 47. 8.

(11) L. 1. 6. § 6. D. de his qui not. 3. 2.

(12) § 3 I. quib. mod. re contr. oblig. 3. 14; L. 1 § 16. 24. D. h. t.; L. 38 § 10 D. de usur. 22. 1.

(13) L. 11 C. h. t; L. ult. § 1 C. de comp. 4. 31; § 30 I. de act. 4. 6.

(14) Nov. 88. c. 1.

(15) L. 31 § 1 D. h. t.

gioni sulla medesima (16). La restituzione poi vuol esser fatta nel luogo dove la cosa depositata si trova senza dolo del depositario (17). Se un termine fosse stato apposto al deposito, il depositante poteva nondimeno domandare la restituzione anche prima dello spirare del medesimo; perocchè si considerasse apposto a vantaggio del creditore (18).

b. Nel caso che la restituzione fosse impossibile, il depositario non rispondeva, conformemente alla regola generale, che del dolo e della colpa lata (19). Soltanto in via di eccezione era tenuto anche per la colpa lieve, qualora si fosse profferto spontaneamente come depositario (20), o il deposito gli tornasse vantaggioso (21): anzi in via d'eccezione era tenuto persino pel caso, qualora si fosse servito arbitrariamente della cosa depositata, rendendosi così reo di un furto. Del resto anche una convenzione particolare può modificare la regola (22): ma è quasi inutile il ricordare che il depositario non può essere mai dispensato anticipatamente dal dolo (23), perchè sarebbe una convenzione contraria alla buona fede e ai buoni costumi.

c. Se vi sono più depositari, essi di regola rispondono solidariamente, perchè l'obbligazione risultante dal deposito è indivisibile (24). Se invece vi sono più depositanti, la restituzione vuol esser fatta *pro rata*. Tale almeno è la regola. Trattandosi di cosa indivisibile, essa va restituita a uno soltanto, ma dietro garanzia che gli altri depositanti non l'avrebbero reclamata: se egli rifiutava questa garanzia, il depositario non aveva l'obbligo di restituire l'obbietto, ma il deponeva *in aede sacra* o *in loco publico* (25).

---

(16) L. 11 C. h. t.

(17) L. 12 § 1. D. h. t.

(18) L. 1 § 45. 46. D. h. t.

(19) § 3. I. quib. mod. re contr. obl.; § 19. I. de obl. quae ex del. 4. 1; L. 5. § 2. D. commod. 13. 6.; L. 1. § 5. D. de O. et A. 44. 7; L. 14. § 3. D. de furt. 47. 2; L. 1. C. h. t.

(20) L. 1 § 35 D. h. t.

(21) L. 4 pr. D. de R. C. 12. 1.

(22) L. 5 § 2 D. commod. 13. 6; L. 1 § 6. D. h. t.; L. 1 C. h. t. — L. 1 § 35 D. h. t.; L. 39 D. mand. 17. 1; L. 7. § 15 D. de pact. 2. 14.

(23) L. 1 § 8. D. h. t.; L. 24 D. vi bon. rapt. 47. 8.

(24) L. 1 § 43 D. h. t.

(25) L. 1 § 36. 44 D. h. t.

d. Gli obblighi del depositario passano naturalmente anche al suo erede; ma la responsabilità di quest'ultimo è per più riguardi meno rigorosa di quella del suo autore (26).

2. Obblighi del depositante.

Anche il depositante può essere, come dicemmo, eventualmente obbligato; e precisamente a indennizzare il depositario (27), sia delle spese necessarie e di tutte quelle ch'egli stesso avesse ordinate o approvate (28), sia di qualunque altro danno, che gli fosse derivato per sua colpa in conseguenza del deposito. Naturalmente egli risponde di ogni colpa anche lieve (29).

---

bb. *Di alcune specie particolari di deposito.*

D'Arnaud, cur dupli teneatur ecc. nelle Var. Coni. II. 15. **Glück,** XV. p. 208 seg. 233 seg. **Neustetel,** üb. das unregelmässige Depositum (nelle Untersuch. n. 1), ed üb. die Locirung des Depos. im Conc. (Ibid. n. 2). **Huschke,** zur Lehre v. Zinsr. beim Depositum (Giess. Zeitschr. N. S. II. 6. 3). **Schmid** nell'Arch. f. civ. Prax. XXX. 3. **Vangerow** § 630.

Noi consideriamo particolarmente il deposito miserabile, il sequestro e il deposito irregolare.

I. Del deposito miserabile.

I moderni chiamano miserabile il deposito fatto a cagione di qualche grande calamità, come un tumulto, un incendio, una ruina, un naufragio, una innondazione, ecc. In tal caso il deposito e la scelta del depositario non derivano dalla libera fiducia del depositante; e questo motivo e l'interesse della publica sicurezza, parranno giustificare la legge che aggrava la responsabilità del depositario. Precisamente il depositario che versa in dolo incorre nella pena del doppio: *quanti ea res est eius duplum;* nè altrimenti gli eredi accusati di dolo loro proprio sono condannati a pagare il doppio del valore (1): disposizione pe-

(26) L. 1 § 47. L. 2. 3. 4. 7 § 1. L. 9. 10. 14 § 1. L. 22 D. h. t.
(27) L. 5 pr. D. h. t.
(28) L. 12 pr. L. 23 D. h. t.
(29) L. 61 § 5. D. de furt. 47. 2.
(1) L. 1. § 1 D. h. t.; cf. L. 1. § 2. 3 D. eod.

nale che in gius antico sembra essere stata applicata a qualunque maniera di deposito, osservando Paolo: *ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum* (2).

II. Del sequestro.

Una specie particolare di deposito è anche il sequestro, *sequestratio, sequestrum*, che ha luogo quando una cosa, o perchè è litigata o perchè altrimenti ne è incerta la sorte giuridica, viene depositata presso una terza persona, *sequester*, coll'obbligo di restituirla a colui al quale fosse attribuita dal giudice o a chi senz'altro appartiene, e risponderne a lui come al suo vero depositante (3). Il sequestro può farsi sia di consenso delle parti interessate sia per ordine del giudice (4). Nel primo caso dicesi sequestro volontario, nel secondo sequestro necessario: ma gli stessi principii regolano queste due maniere di sequestro (5).

Il contratto di sequestro è un vero deposito, e perciò l'azione per ripetere la restituzione dell'obbietto si chiama *actio depositi sequestrataria* (6): ma vi sono delle differenze per cui vuol essere distinto da esso.

1. E prima, mentre il deposito ordinario può essere fatto da una o più persone, il sequestro nol può essere che da più (7).

2. Ognuno poi è risguardato a ragione come depositante in solido: *in solidum unusquisque videtur deposuisse*, a differenza del caso in cui più avessero dato una cosa comune in deposito ordinario (8). E dico a ragione: perchè in confronto della persona, in mano della quale è fatto il sequestro, ciascheduno appare in certo modo come solo depositante, con una diversa condizione però, che cioè l'esito gli sia favorevole (9). Perciò anche il depositario non risponde che alla persona di cui fu riconosciuto che per giustizia debba esserle consegnata la cosa.

---

(2) Paul. II. 12. 11.
(3) L. 6. C. h. t.; cf. L. 17 pr. D. eod.; L. 110. D. de V. S. 50. 16.
(4) p. e. L. 5 § 1. 4. D. ut leg. 36. 3.
(5) L. 7. § 2. D. qui satisd. cog. 2. 8; L. 22. § 8. D. sol. matr. 24. 3; L. 21 D. de appell. 49. 1.
(6) L. 5 § 1. L. 12 § 2. D. h. t.
(7) L. 17 pr. D. h. t.
(8) L. 6. 7. D. h. t.
(9) L. 9 § 3 D. de dolo 4. 3.

3. Il sequestro è applicabile ad ogni specie di cose, sì mobili che immobili, e persino per certi riguardi alle persone (10); nel che abbiamo un nuovo carattere che lo distingue dal deposito.

4. Un'altra differenza sta in ciò, che il vero possesso della cosa vien trasmesso al sequestratario (11); il che è pienamente conforme allo scopo di questa operazione che è di assicurare la cosa al futuro vincitore. Perchè però questa disposizione non avesse a nuocere appunto al vincitore, si propendeva ad attribuirgli il possesso del sequestratario, dopo decisa la cosa, e considerarlo come esercitato fin dalle prime per lui (12).

5. Per ultimo, mentre il depositante può domandare la restituzione della cosa quando gli pare e piace, nel sequestro invece la restituzione non può avvenire che dopo verificato l'avvenimento in considerazione del quale ei fu fatto (13).

Fino all'avverarsi di questo avvenimento il sequestratario ha l'obbligo di custodire la cosa. Egli ha assunto il deposito perchè i depositanti fossero protetti gli uni dagli altri riguardo ad essa. Perciò egli non può cessare arbitrariamente dal suo incarico prima che non sia compito, ma solo *ex magna et justa causa* e sotto controlleria del magistrato, che devè trovare un nuovo surrogato per quella protezione (14).

III. Del deposito irregolare.

I commentatori chiamano irregolare il deposito di cose fungibili fatto in modo che ne risulti manifesta l'intenzione del depositante di non volerne avere la restituzione in ispecie ma in altrettanto dello stesso genere: *tantumdem ejusdem generis*. Ciò avverrebbe per es. nel caso ch'egli depositando del denaro lo avesse solamente numerato senza consegnarlo chiuso o suggellato. Qui abbiamo manifestamente un deposito. Ciò che si vuole non è altro in fondo che di affidare il denaro all'altrui custodia per maggior sicurezza. L'obbietto che vuolsi depositare è la somma soltanto e non anche le singole monete; e il depositario purchè provvegga che la somma depositata possa venir levata ad ogni mo-

(10) L. 3 § 6 D. de lib. exhib. 43. 30.
(11) L. 17 § 1 D. h. t.
(12) L. 39 D. de possess. 41. 2.
(13) L. 5. C. h. t.
(14) L. 5. § 2 D. h. t.

mento, può disporre dei singoli pezzi come gli pare e piace, chè avendoli il depositante numerati aperti ha mostrato che non gli importa punto di riaverli in ispecie. In altri termini le cose depositate passano nella proprietà del depositario, il quale è obbligato solamente a restituire il *tantumdem*, cioè una somma di eguale grandezza. Per tal riguardo il deposito si accosta al mutuo, ma resta nondimeno deposito (15); e forse i Romani gli conservarono il carattere di deposito pel motivo, che andando restituito solo il *tantumdem* e pur costituendo questo contratto un *bonae fidei negotium*, si poteva aggiungervi anche il patto degli interessi (16), mentre nel mutuo era necessario di usare a questo scopo la forma della stipulazione. La forma del deposito poteva dunque essere adoperata utilmente per dar forza obbligatoria a un mutuo fruttifero. Qualora però questo deposito fosse stato fatto a un banchiere, e il depositante ne ricevesse delle usure, il contratto veniva trattato in parte come un vero mutuo, perchè cessava il *privilegium exigendi* che altrimenti spettava al depositante (17).

---

e. *Il pegno.*

Tit. D. de pignoratitia actione vel contra (13. 7). C. de pignoratitia actione (4 21).
Glück, XIV. p. 1 seg. **Sintenis,** Handb. des gem. Pfandrechtes §. 26. 27. **Dernburg,** Pfandrecht Lips. 1860. 64 § 16-20. **Nivard,** Études sur le contrat de gage Par. 1867.

1. Il contratto di pegno è un contratto reale di buona fede, che si conchiude consegnando al creditore una cosa perchè la tenga come possessore interdittale in garanzia del suo credito, coll'obbligo di restituirla dopo estinto il debito (1).

Esso adunque suppone:

1. La tradizione di una cosa. Prima della tradizione questo contratto non ha vita. La semplice convenzione può avere per

---

(15) L. 31 D loc. cond. 19. 2; L. 24. 25. § 1 L. 26. § 1. L. 28. 29. § 1. D. h t.

(16) L. 24. 26. § 1. L. 28. 29. §. 1 D. h. t.

(17) L. 7 § 2 D. h. t; L. 24 § 2 D. de reb. auct. jud. 42. 5.

(1) § 4. I. quib. mod. re contr. obblig. 3. 14.

effetto di conferire al creditore un diritto d'ipoteca, ma non può dar nascimento alle obbligazioni che risultano dal contratto in discorso.

2. La cosa stessa può essere sì mobile che immobile (2); ned è necessario che il debitore ne abbia la proprietà (3): ma questo è assolutamente necessario, che non sia propria dell'accipiente (4).

3. Occorre che la cosa sia data e accettata coll' intenzione comune che abbia a servire di pegno: ma poco importa che questa intenzione si realizzi o no. Dal contratto in discorso può bensì derivare il diritto reale di pegno, ma a condizione che concorrano anche gli altri requisiti di questo diritto reale, che sono: la effettiva esistenza di un credito a garantire il quale è costituito, la idoneità della cosa ad essere oppegnorata, e la proprietà di chi la dà in pegno. Invece nessuno di questi requisiti è necessario al contratto di pegno, il quale tiene anche senza di essi (5).

4. Chi riceve la cosa in pegno ne ottiene il possesso: può quindi valersi persino degli interdetti, ma per la usucapione non è che rappresentante di chi gliel'ha data. Non gli spetta l'uso e il godimento della cosa; e dove scientemente se lo arrogasse contro la volontà del debitore, si renderebbe reo di un *furtum usus* (6). Dall'altro canto vien ristretta questa regola dalla facoltà generale che il diritto di pegno su di una cosa fruttifera accorda al creditore sui frutti, e che può essere estesa da speciali convenzioni, tra le quali basterà ricordare il patto anticretico.

II. Il contratto di pegno genera dei rapporti, dai quali derivano principalmente degli obblighi per colui che ha ricevuto la cosa in pegno; ma eventualmente può essere obbligato anche chi l'ha data. Il contratto adunque, al pari del commodato e del deposito, è un contratto sinallagmatico imperfetto, da cui

---

(2) L. 4. 7. C. h. t.

(3) L. 9. § 4. L. 22 §. 2. D. h. t.

(4) L. 45 pr. D. de R. I. 50. 17. L. 29 D. h. t.

(5) L. 11. § 2. D. h. t.; L. 9 § 4. L. 22. § 2 D. eod.; L. 9 pr. L. 16 § 1. L. 32. 36 § 1. D. eod.

(6) L. 54 D. de furt. 47. 2.

principalmente e direttamente deriva una sola azione: *l'actio pignoratitia directa*, che appartiene alla persona che ha costituito il pegno; ma eventualmente chi lo riceve ha facoltà di valersi di un'*actio pignoratitia contraria*.

1. Precisamente chi ricevè la cosa in pegno ha l'obbligo:

a. Di restituire la cosa stessa dopo estinto il debito, *si pecunia soluta eove nomine satisfactum est* (7), oppure la somma eccedente nel caso che abbia dovuto venderla (8). La cosa poi va restituita in ispecie, in buona condizione come era stata consegnata e *cum omni causa*, e quindi coi frutti e altri vantaggi in quanto non sieno stati diffalcati dall'ammontare del credito (9).

b. Siccome il negozio giova anche al creditore, così conformemente ai principii generali, egli è responsabile di ogni colpa (10). Il caso invece non nuoce neppure al suo credito: *nec impediri creditum petere* (11): ma risponde anche del caso se reo d'un furto d'uso.

2. Chi dà la cosa in pegno può essere eventualmente obbligato:

a. A risarcire tutte le spese necessarie ed utili fatte dal creditore pignoratizio: queste ultime però purchè non sieno sproporzionate (12).

b. A restaurare ogni altro danno cagionatogli per sua colpa anche lieve (13).

c. A guarentire alla persona cui impegnò la cosa le qualità della medesima sia di fatto o di diritto intese nella pegnorazione, dalle quali dipende il suo valore e la sua sicurtà come pegno (14); e specialmente costituirne un nuovo se la cosa non gli appartiene o si trova già onerata da altre ipoteche (15).

---

(7) L. 9. § 3 D. h. t.; L. 13 § 4. D. quib. mod. pign. 20. 6.

(8) L. 6. § 1. L. 7. 42 D. h. t.

(9) § ult. I. quib. mod. re contr. oblig. 3. 14; L. 9. §. 3 — 5. L. 40 § 2. D. h. t.; L. 11 C. eod.

(10) L. 13. § 1. L. 14 D. h. t.; L. 19 C. de pign. 8. 14; L. 23 D. de R. 1. 50. 17.

(11) § ult. I. quib. mod. re contr. oblig.; L. 13 §. 1. L. 14. 30 D. h. t.; L. 5 — 9 C. eod.

(12) L. 8. pr. L. 25 D. h. t.

(13) L. 13 D. h. t.; § ult. I. quib. mod. re contr. oblig.

(14) L. 1 § 2. L. 36 D. h. t.

(15) L. 9 pr. L. 16. § 1. L. 32 D. h. t.

d. Per ultimo se il creditore che aveva ricevuto a **titolo di** pegno una cosa appartenente a un terzo l'aveva venduta **in buona** fede, assoggettandosi espressamente alla garanzia in **confronto** del compratore, era obbligo di chi gliel'avea data di **risarcirlo** anche di ciò (16).

B. *I contratti reali innominati.*

a. *Nozioni generali.*

Tit. D. de praescriptis verbis et in factum actionibus (19. 5); C. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione (4. 64).

Donelli, comment. XIV. c. 35. **Reichheim,** Versuch eines Beweises, dass der Römer nur zwei Arten ubenannter Contr. kannte, do ut des u. do ut facias Ala 1800. **Pöhls,** Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von den Innominat-Contracten Heidelb. 1821. **Waechter,** de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis Tub. 1822. **Heimbach,** üb. die doppelte Bedeutung des Begriffs in factum act. nebst einigen Bemerkungen üb. die actio praescriptis verbis (Giess. Zeitschr. XI. 8). **Huschke** nella Giess. Zeitschr. N. S. V. p. 109 seg. **Erxleben,** de contr. innom. indole Gott. 1835. **Accarias,** Théorie des contrats innommés. Arras 1866. **Vangerow** § 599.

I contratti reali di cui ci occupammo finora si chiamano nominati perchè già nell'antico diritto erano distinti con un nome loro proprio. Essi avevano il loro fondamento in una massima di equità naturale, che colui, il quale aveva ricevuto una cosa per restituirla o fare in contraccambio una prestazione qualunque, dovesse adempiere questa sua obbligazione assunta nel ricevere la cosa con quell'intendimento (1). Ma in quanti altri casi non poteva militare il medesimo principio di equità naturale oltre ai quattro per cui era stato sancito dal gius civile!

Certo era contrario all'equità, anzi ad ogni sano principio di giustizia di permettere al debitore di locupletarsi con iattura dell'altra parte, conservando la cosa senza eseguire dal canto suo la prestazione a cui s'era obbligato. Fu dunque ammesso il creditore a ripetere almeno questa cosa, sperimentando una *condictio*, conosciuta sotto il nome di *condictio causa data*

---

(16) L. 22 § ult. L. 23. L. 8. § 1 D. h. t.

(1) Doveri Istituzioni II. p. 120.

causa non secuta (2). Senonchè il pretore e la giurisprudenza cercarono di dare una efficacia anche maggiore al vincolo naturale stabilito tra le parti. Quando l'inesecuzione era evidentemente fraudolenta, il pretore ammetteva di buon grado l'*actio de dolo* che assecurava al creditore il ristauro del danno e degli interessi; ed anzi accordò persino un *actio in factum* al medesimo intento, nei casi in cui non concorrevano gli estremi del dolo, ma la somma dei fatti rendeva evidente l'equità dell'azione (3). Fatto questo passo non era difficile farne un altro ed accordare un'azione allo scopo di ottenere l'esecuzione stessa del contratto.

Fu specialmente per la influenza di Labeone e dei suoi discepoli che si formò una specie di diritto consuetudinario a questo riguardo. Labeone realizzò cotale riforma in una ipotesi nella quale era indubitato che vi aveva una obbligazione, senza che si potesse indicarne precisamente il nome e il vincolo giuridico (4). Altri giureconsulti della sua scuola: Mela (5) e Nerazio (6), batterono la medesima via; nè i Sabiniani erano contrari a questo movimento della giurisprudenza (7); finchè Aristone Celso, giureconsulto che visse ai tempi di Traiano, annunciò come massima: esistere causa civile o ragione sufficiente di contratto ogni qual volta una parte avesse ricevuta una cosa per fare in contraccambio una prestazione corrispettiva (8). Aristone per vero dire non aveva contemplato se non il caso della dazione di una cosa: ma non andò guari e la regola fu estesa in modo generale a tutti i casi, in cui fosse fatta una prestazione qualunque in favore d'un'altra parte, che l'accettasse, coll'intendimento di ricevere un'altra prestazione in contraccambio (9).

---

(2) Tit. D. de cond. causa data ca. non sec. 12. 4; Tit. C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

(3) arg. L. 5. § 2. in f. L. 15 in f. L. 16 § 1 in f. D. de praescr. verb. 19. 5.

(4) L. 1 § 1. L. 19 pr. L. 20 pr. § 2 D. eod.

(5) L. 20 § 1 D. eod.

(6) L. 6. D. eod.

(7) L. 13 § 1. L. 22 D. eod.

(8) L. 7 § 2. 4. D. de pact. 2. 14; L. 8 pr. in f. L. 15. D. de praescr. verb.; L. 8. C. de rer. permut. 4. 64.

(9) L. 5. 9. 12. 15. 17 § 3 L. 22. 25. D. de praescr. verb.; L. 6. D.

In questi casi la parte che aveva fatta la prestazione poteva oggimai sperimentare un'azione civile per costringerla all'adempimento (10), la quale era un' *actio civilis in factum seu praescriptis verbis:* un'azione cioè, che invece di contenere nella *demonstratio* la causa dell'obbligazione, o il rapporto giuridico che serviva di fondamento all'azione, che soleva designarsi con un nome volgare e usitato, conteneva la esposizione del fatto (11). Ed era naturale che non potesse essere che un'*actio in factum*, dovendo servire appunto a dei rapporti particolari che non erano compresi in nessuna delle categorie volgari e usitate (12).

Intanto ecco una differenza caratteristica che distingue i contratti nominati dagli innominati, i quali non hanno azioni dotate di un nome speciale: ma questa differenza nel gius nuovo non è che di nome. Piuttosto merita osservazione un'altra singolarità: che anche dopo accordata un'azione civile al creditore per ottenere l'adempimento della promessa da parte dell'altro contraente, gli fu nondimeno conservato il *jus poenitendi*, cioè la facoltà di ripetere mediante la *condictio causa data causa non secuta* la sua prestazione fino a che il debitore non abbia eseguita la obbligazione (13). Il patto adunque diventa contratto in forza della prestazione; ed ecco perchè colui il quale aveva effettuata la sua promessa poteva pretendere coll'*actio praescriptis verbis* che anche l'altra parte eseguisse l'obbligo assunto. Egli però non ha propriamente pagato: non si può dire che abbia effettuata la prestazione *animo solvendi*, ma solo *animo contrahendi*, cioè coll'intendimento di creare il contratto, nell'aspettazione che anche l'altra parte avrebbe adempito il suo obbligo; ed ecco perchè gli fu mantenuto quel *jus poenitendi* per cui può rendere nullo il contratto nel caso che il debitore non lo eseguisca.

---

de resc. vend. 18. 6; L. 6. C. de trans. 2. 4; § 1. 2. I. de loc. et cond. 3. 24; vedi Maynz. p. 284 seg.

(10) L. 5. § 1 L. 7. D. de praescr. verb.

(11) L. 6. C. de transact. 2. 4.

(12) L. 1 § 1. L. 6. 16. pr. D. de praescr. verb.; L. 23 D. com. divid. 10. 3.

(13) L. 5 pr. § 1. 2. L. 7. D. de praescr. verb.; L. 4. 5. C. de rer. perm. 4. 64; L. 3 § 2. 3. L. 5. § 1. 2. L. 16 D. de cond. ca. da. 12. 4.

Dal detto emerge a un tempo che la esistenza di un contratto innominato suppone tre condizioni:

1. Che la convenzione non appartenga alla categoria dei contratti nominati, di quei contratti cioè, che già nell'antico diritto avevano un nome, una teoria, un'azione loro propria (14).

2. Che sia sinallagmatica: ovvero deve avervi una reciproca prestazione (15); ma non importa che le prestazioni stesse sieno formate piuttosto in un modo che nell'altro. In altri termini: la materia è del tutto indifferente; per cui i Romani, ben lungi dal dare un nome proprio a ciascuna di queste obbligazioni, si limitarono a classificarle in un modo assai generale, secondo che consistevano o in un reciproco dare o in un reciproco fare, o in un dare da una parte e in un fare dall' altra: *do ut des* (16), *do ut facias* (17), *facio ut des* (18), *facio ut facias* (19).

3. Per ultimo è necessario che la prestazione sia stata eseguita da una parte (20). L'obbligazione civile non comincia che da questo momento; e il germe di tale idea può trovarsi già in quel principio delle dodici tavole, che tutti gli obblighi imposti all'accipiente in una mancipazione debbono essere validi: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Questo principio fu anche applicato alla tradizione: *in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est* (21); e l'*actio praescriptis verbis*, fondata in forza dell'effettiva prestazione di una parte accettata dall'altra, poteva facilmente trovare in ciò il suo addentellato civile (22).

Lo scopo dell'*actio praescriptis verbis* è di ottenere la prestazione dell'avversario o l'interesse (23). Nondimeno la domanda dell'inte-

---

(14) L. 1. 2. 3. D. de praescr. verb.; L. 7. § 1. 2. D. de pact. 2. 14.

(15) L. 7 § 2 D. de pact.

(16) L. 5 § 1. L. 17 § 3. D. de praescr. verb.; § 2. I. de locat. 3. 24.

(17) L. 5. § 2 D. de praescr. verb.

(18) L. 9. 15. 22. 25. D. eod.; § 1 I. de loc. 3. 24; L. 26 § 3. D. de pact. dot. 23. 4; L. 6 C. de transact. 2. 4.

(19) L. 5. pr. § 4. 5. D. de praescr. verb.

(20) L. 1 § 2. D. de rer. perm. 19. 4.

(21) L. 48 D. de pact. 2. 14.

(22) cf. L. 8. 25. D. de praescr. verb.; L. 45 D. de pact. 2. 14; L. 6. C. de rer. perm. 4. 64; L. 10 C. de pact. ec.

(23) L. 5. § 1. 2. 4. L. 7. 17 § 3 D. de praescr. verb.

resse suppone di regola una colpa; e sul grado di essa decidono in ogni singolo caso i principii generali. Il reo cioè ne risponde in maggiore o minore estensione secondo che il negozio ridonda o no a suo vantaggio (24).

La ripetizione *ob causam non secutam* ha luogo sia che la prestazione non avvenga a tempo (25); o sia diventata impossibile per colpa del debitore (26); o se era impossibile fin dal principio, ignorandolo chi avea data la cosa (27); e persino *ex mera poenitentia*, come in antico (28). La parte per altro, che aveva ricevuto la prestazione, non doveva per la ripetizione *ex mera poenitentia* patire altro danno; e poteva quindi domandare di essere risarcita, se aveva già impiegato qualche cosa e fatto delle spese per la prestazione avuta o per la controprestazione (29).

Ancora, se dopo avvenuta la prestazione era per un caso fortuito divenuta impossibile la controprestazione, questa impossibilità si aveva in conto di pagamento ed escludeva la *condictio* (30).

---

b. *Alcune specie di contratti reali innominati.*

Ho detto più sopra che i rapporti in questione non erano compresi in alcuna delle categorie volgari e usitate: non si tardò peraltro a designare con dei termini particolari le specie d'una applicazione più frequente. D'altronde sarebbe stato ozioso e contrario all' andamento conseguentemente progressivo del diritto romano di creare delle azioni speciali per queste categorie, dal

(24) L. 17 § 2 D. eod.

(25) L. 5 § 2 D. eod.; L. 3 § 3 D. de cond. ca. da. 12. 4.

(26) L. 5 § 1 D. de praescr. verb.; L. 10 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

(27) L. 3 § 5. D. de cond. ca. da. 12. 4; L. 5 C. de cond. ob caus. dator. 4. 6.

(28) L. 3 § 2. 3. L. 5. pr. § 1. 2. L. 7. D. de cond. ca. da. 12. 4; L. 1. 4. 5. 7 C. de rer. perm. 4. 64; schol. ad Basil.

(29) L. 5 § 2-4 D. de cond. ca. da.

(30) L. 5 § 1. D. de praescr. verb.; L. 10 C. de cond. ob caus. dat. 4. 6.

momento che si trovano completamente protette dalla formula generale. Noi ricorderemo in particolare: la permuta, il contratto estimatorio e il contratto di suffragio.

---

aa. *La permuta.*

Tit. D. e C. de rerum permutatione (19. 4 — 4. 61).
Glück XVIII p. 112 seg. **Marezoll** nella Giess. Zeitschr. I. 23.

La *permuta* è un contratto *do ut des*, con cui uno riceve una cosa da un altro e si obbliga a dargli un'altra cosa in sua vece

Questo concetto abbraccia adunque quel cumulo di casi, tra cui come più ordinario e importante verrà sempre distinta e disciplinata individualmente e nominata la compera, non tosto presso di un popolo sia nato e riconosciuto il denaro come mezzo generale di cambio (1). Appunto la natura del denaro, che è la cosa che una parte presta nella compera, influisce grandemente sull'intera teoria di questo contratto, parte per motivi generali, e parte perchè ognuno dei contraenti ottiene per esso un carattere individuale riconoscibile all'istante e quindi altresì un nome speciale (2). Nondimeno gli antichi giureconsulti avean dubitato se i due contratti non dovessero essere giudicati secondo i medesimi principii. I Sabiniani confusero veramente la compera e la permuta, mentre i Proculeiani stabilivano una differenza fondamentale tra l'una e l'altra (3). L'opinione dei Proculeiani prevalse e fu espressamente conservata dalla legislazione giustinianea (4). Questa differenza importa delle conseguenze pratiche molto importanti che giova accennare.

1. La permuta venne individualizzata più presto di nome che di fatto nel cumulo degli altri contratti innominati. Essa rimase per la sua intera teoria in questo cumulo di negozi sotto la sua

(1) L. 2 C. h. t.

(2) Gai. 3, 141.

(3) Gai. 3, 141; L. 1 § 1 D. de contr. emt. 18. 1; § 2. I. de emt. et vend. 3. 23.

(4) L. 1 § 1. D. de contr. emt.; L. pr. D. h. t; L. 7 C. eod.

rubrica naturale *do ut des*, e quindi è un contratto reale (5). La reciproca promessa di voler dare una cosa in cambio di un'altra era in diritto romano un nudo patto, e non diventava contratto che dal momento in cui una delle parti avesse effettuata la dazione della cosa. La compera invece era perfetta in forza del semplice consenso.

2. Il dare della permuta è un vero dare nel senso tecnico della parola. Da ambi i lati deve venir trasferita la proprietà (6), e perciò quegli che dà una cosa altrui non contrae permuta, come dice Pedio (7). Perciò anche la tradizione della cosa ne trasferisce la proprietà nell'accipiente, abbenchè egli si astenga dal dare alla sua volta in contraccambio ciò che deve dare (8). Nella compera invece la cosa è diversa. Il compratore deve bensì trasferire nel venditore la proprietà delle specie metalliche; ma il venditore non è obbligato che *ad tradendum* e a garantire il pacifico godimento della cosa. Che se pure è proprietario, generalmente non è acquistata dal compratore la proprietà della cosa comperata, finchè egli non abbia pagato il prezzo.

3. Di regola è da ritenere nella permuta che nessuna delle parti dia del denaro; nella compera invece si promette una cosa per averne del denaro contante, e questo è alcunchè di essenziale (9). Il cambio di denaro può essere permuta o compera secondo che ambedue le specie metalliche o una sola di esse vien trattata come merce. Specialmente avremo una permuta quando il cambio si verifica puramente secondo il valore legale; avremo invece una compera ove si abbia riguardo al corso e al valore commerciale.

4. Finalmente nella permuta colui che ha già data la cosa può coll'*actio praescriptis verbis* domandare l'esecuzione del contratto; ma può anche, se lo preferisce, sperimentare la *condictio causa data causa non secuta* per ottenere la restituzione della cosa (10). Nella compera invece non è ammesso un *jus poenitendi* per nessuno dei contraenti.

(5) L. 1 § 2 D. h. t; L. 2 C. eod.
(6) L. 1. pr. D. h. t.
(7) L. 1 § 3 D. h. t.
(8) L. 4 C. h. t.
(9) § 2 I. de emt. et vend.; L. 5 § 1 D. praescr. verb. 19. 5.
(10) L. 5 § 1 D. praescr. verb.; L. 4. 6. 7. C. h. t.

D'altronde lo stesso legame che passa tra la permuta e la compera, genera per ambedue alcune regole comuni, che dalla compera, come dal contratto più ordinario, sogliono trasferirsi alla permuta. Ciò vale per es. delle regole relative al pericolo e alla prestazione della colpa e simili, sia per riguardo alla controprestazione non per anche avvenuta (11), e sia per riguardo alla garanzia (12).

---

bb. *Il contratto estimatorio.*

Glück XVIII p. 61 seg. **Chambon,** die Lehre v. d. contractus aestimatorius nei suoi Beitr. zum O. R. I. **Brinz,** Krit. Blätter. n. l. **Köchy,** in dem Trödelcontrakte geht das Eigenthum der Sache nicht eher auf den Trödler über als bis der Anschlagsmässige Werth dezahlt worden ist. (nelle sue Medit. n. 14).

Il contratto estimatorio ha luogo quando uno consegna una cosa ad un altro perchè la venda e gli procuri un prezzo determinato oppure gliela restituisca (1).

Anch'esso è un contratto reale che si effettua mediante la tradizione della cosa.

Colla tradizione però non ne viene trasferita la proprietà. Questa non cessa se non quando il tradente abbia ricevuto il prezzo determinato, o fatta credenza: *nisi aere soluto, vel fidejussore dato vel alias satisfacto* (2).

Con ciò si collega anche la questione del pericolo. Il caso fortuito era generalmente a tutto carico del tradente, ammenochè il consegnatario (*scrutarius*) non avesse fatto istanza per avere questa commissione (3). Di regola adunque, il consegnatario non risponde che del dolo e della colpa (4).

Il consegnatario aveva l'alternativa di pagare il prezzo o di restituire la cosa. Purchè paghi il prezzo poco importa che tenga la cosa per se o la venda a un terzo. Se in quest'ultima ipo-

(11) L. 5 § 1. D. praescr. verb.
(12) L. 2 D. h. t.
(1) L. 1 § 1 D. h. t.
(2) L. 5 § 18 D. de trib. 14. 4.
(3) L. 1 § 1 D. h. t.; L. 17 § 1 D. praescr. verb.
(4) L. 17 § 1 D. praescr. verb.

tesi ricavava un prezzo maggiore della *aestimatio*, l'eccedente profittava a lui solo.

Era anche lecito al consegnatario di farsi promettere un salario dal consegnante; e come questi aveva un'*actio praescriptis verbis* per l'adempimento della obbligazione, così quegli aveva un'azione utile pel pagamento della mercede (5).

Il contratto estimatorio ha una certa analogia colla compera, colla *locatio operis* od *operarum* e col mandato. Colla compera: a motivo della intenzione, che è diretta ad alienare la cosa, e della *aestimatio*. Colla *locatio operis* od *operarum*, perchè il consegnatario deve eseguire la vendita per denaro o prestarvisi colla sua opera. Col mandato, perchè eseguisce un affare altrui colla volontà del principale. Nondimeno e' si distingue da tutti e tre; perchè il consegnatario non vuol comperare, ma farsi mediatore di una vendita; perchè non vuole vendere unicamente per il proprietario, ma anche per se, in quanto l'eccedente appartiene a lui; da ultimo perchè in questa forma egli cerca una mercede e un vantaggio. Il controllo in discorso somiglia assai al contratto di commissione del nostro odierno diritto commerciale.

---

cc. *Il contratto di suffragio.*

Il contratto di suffragio suppone che una persona prometta d'interporsi per altra persona presso il principe, e questa si obblighi di dare qualche cosa nel caso che la interposizione sorta il suo effetto.

Questa, che il Doveri chiama a ragione mostruosità bizantina, era tollerata (1), a condizione però che non si trattasse di raccomandare ad un publico impiego (2). Per rendere il patto capace di azione bastava che una delle parti avesse veramente fatta la prestazione. Poteva poi appartenere tanto ai contratti *facio ut des*, quanto a quelli *do ut facias* a seconda della persona che prima lo eseguiva.

(5) L. 2 D. h. t.

(1) L. un. C. de suffrag. 4. 3.

(2) Nov. 8 c. 1.

II. I CONTRATTI CHE SI PERFEZIONANO COL SEMPLICE CONSENSO: *Solo consensu contrahitur obligatio.*

1. La compera e la vendita.

Tit. I. de emtione et venditione (3 23); D. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt (18 1); C. de contrahenda emtione et venditione (4. 38).

Westphal, Lehre des gem. R. v. Kauf-Pacht-Mieth-u. Erbzinscontract Lips. 1789. 1801. **Glück,** XVI p. 1 seg. XVII p. 1 seg. **Treitschke,** der Kaufcontract Lips. 1838. **Grath** e **Wilda,** nel Rechtslex. di Weiske VI v. Kauf. **Thöl,** Handelsrecht I § 63. seg. **Bellavite,** Appunti per un corso di diritto civile Venezia 1861 p. 24.

Marezoll, Beitr. zur Lehre v. Kauf. u. Tauschcontracte (Giess. Zeitschr. I. 23). **Leist,** üb. die Natur gewisser doppelseitiger Verträge (Ibid. XVII. 10). **Mommsen,** Beitr. I. § 28. **Anthes,** kann baares Geld Gegenstand des Kaufs sein? (Giess. Zeitschr. N. S. XVIII p. 216 seg.) **Funke,** üb. Käufe, die zur Sicherstellung v Schuldforderungen abgeschlossen werden (Beitr. n. 5). **Weber,** Klagen u Einreden 1, 8. **Gesterding,** v. dem Recht des betrogenen Verkäufers, die überlieferte Waare als sein Eigenthum in Ausprache zu nehmen (Irrth. n. 3). **Bachofen,** ausgew. Lehren n 7. **Klemm,** üb. die stillschw. übernommene Verbindlichk. zu Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren Lips. 1854. **Renaud,** z. Lehre v. Einfl. des Irrthums in der Sache auf die Gültigk. der Kaufvertr. (Arch. f civ. Prax. XXVIII. 10) **Stern,** Beitr. zur Lehre vom Kauf (Arch. f. Wechselr. VII). **Vangerow,** § 632.

Samhaber, wer hat die Gefahr bei Versendung bestellter Waaren zu tragen? (Giess. Zeitschr. XIII. 11). **Wächter,** nell'Arch. f. civ. Prax. XV. 6. 9. **Hesse,** üb. d. Kauf nach vorgezeigten Proben (Giess. Zeistchr. N. S. I. 4). **Mommsen,** Erört. üb. die Regel: commodum ejus esse debet cujus periculum est (Beitr. z. O. R. puntata I). Brunsw. 1859. **Iehring,** Beitr. zur Lehre v. d. Gefahr bei Kaufcontract. (nei suoi Iahrb. IV. 2. 3. p. 366 seg). **Fitting,** der Kauf. auf Probe od auf Besicht (Arch. f. civ. Prax. XLVI. p. 237 seg). **Voigtel,** Kauf auf Probe (Arch. f. Handelsr. VI). **Regelsberger,** üb. d. Tragung der Gefahr beim Genusskauf (Arch. f. Prax. civ. XLIX). **Vangerow** § 635.

Lindelof, worin besteht b. servit. die mit dem verkauftem Grundstück auf den Käufer übergehen sollen, die Verpflichtung des Verkäufers zu tradiren? (Giess. Zeitschr. V. 24). **Gensler,** Erklär. des § 3 I. de emtione venditione 3. 24 (Arch. f. civ. Prax. I. 30. 35). **Heerwart,** muss der Käufer das Kaufgeld zahlen ehe er die gekaufte Sache empfangen hat? (Ibid. XXIII. 9). **Speckner,** üb. d Recht der Verkauf-Selbsthülfe od. das Differenzwesen im Verkehre mit Staatspapieren Monaco 1822. **Souchay,** üb. d Klage des Verkäufers v. Staatspapieren auf Zeit gegen den saümigen Käufer (Giess. Zeitschr. II. 13). **Spangenberg,** üb. die Frage, ob gegen einen Licitanten welcher seine Mitlicitanten durch Versprechungen vom Uebergebot abgehalten, eine Klage des Verkäufers auf Entschädigung stattfindet (Ibid. V. 9).

Weber, Klagen u. Einreden n 5. **Bender,** üb. d. Verkehr mit Staatspapieren in seinen Hauptrichtungen (Arch. f civ. Prax. VIII). **Böhmer,** üb. d. Stellgeschäft (Ibid. IX. 25). **Seuffert,** Bemerkungen üb. Lieferungsgesch. in Staatspapieren (Ibid. n. 27). **Bender,** Erörter einiger den Verkehr mit Staatspapieren betreffender Rechtsfragen (Ibid. XIII. 8.)

I. La vendita è un contratto consensuale per cui una persona, che dicesi venditore, si obbliga di consegnare a un'altra, che dicesi compratore, una cosa *(merx)* e garantirne il libero possesso

(praestare rem habere licere) verso il pagamento di una determinata somma di danaro *(pretium)* come equivalente.

1. In generale ognuno che può conchiudere validamente un contratto è anche capace di comprare e di vendere. Soltanto per ragioni di diritto publico i funzionari provinciali non potevano comperare che il puro necessario nella loro provincia (1), ned era lecito ai soldati di comprar fondi nella provincia dove avevano stanza (2). Coloro, che vendevano qualche cosa *vi officii*, non potevano farne compera nè da sè nè col mezzo di persona interposta (3); e ancora, non era lecito di vendere alcuni oggetti a stranieri, come vino, olio, armi da guerra ecc. (4). Tutte queste per altro non erano che eccezioni.

2. Similmente può essere venduta ogni cosa che può formare obbietto di obbligazione (5), e particolarmente tanto le cose corporali che incorporali, le cose singole al pari delle *universitates rerum*, e non solo una cosa che attualmente esiste, ma altresì una cosa futura pel caso che venga ad esistere, *emtio rei speratae* (6), e persino la speranza di un vantaggio, *emtio spei*, per es. un determinato trarre di reti (7). Nel primo caso non vi è vendita se all'epoca designata la cosa non esiste; e quindi il prezzo non va pagato che quando la cosa sperata venga ad esistere e nella misura in cui esiste, senza che d'altra parte la qualità della medesima possa menomamente influire sovra di esso. Nel secondo la vendita ha effetto quand'anche la cosa, di cui si spera la esistenza, non viene ad esistere, e quindi il prezzo va ad ogni modo pagato.

Era anche lecito vendere la cosa altrui: *rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est* (8), essendochè il venditore per diritto romano non si obbligava che a far avere la cosa al compratore. Soltanto merita osservazione che se la cosa

(1) L. 6 § ult. D. de off. proc. et leg. 1. 16; L. un. C. de contr. judic. 1. 53.

(2) L. 62 pr. D. h. t.

(3) L. 34 § ult. L. 46 D. h. t.; cf. L. 5 § 2-6. L. 6 D. de auct. et cons. tut. 26. 8.

(4) Tit. C. quae res exportari non debeant. 4. 41.

(5) L. 34 § 1 D. h. t.

(6) L. 8 pr. L. 39 § 1 D. h. t.

(7) L. 8 § 1 D. h. t.; L. 11 § ult. L. 12 D. de A. E. V. 19. 1.

(8) L. 28 D. h. t.

era furtiva e ambidue i contraenti ne conoscevano la qualità, il contratto era nullo, indubitatamente perchè basato su di una causa turpe: ma conservava la sua validità se ambidue la ignoravano, o il venditore soltanto era in mala fede. Nel caso in cui la qualità furtiva della cosa fosse nota al solo compratore, il contratto non era obbligatorio pel venditore; ma questi non poteva neppur pretendere il prezzo se non aveva prestata la cosa (9).

D'altronde discende dai principii generali che la cosa non deve già essere propria del compratore; ammenochè al proprietario ne mancasse il possesso, l'usofrutto e simili e lo comperasse (10).

S' intende pure che obbietto di compera non possono essere nè i denari contanti nè i fatti propriamente detti, *operae*, pei quali non può avervi che una locazione e conduzione o un contratto innominato.

Ancora, non si possono comperare e vendere le cose *extra commercium* e quelle che per preciso disposto di legge sono dichiarate inalienabili, come i veleni (11), la seta, la porpora ecc. (12).

Parimenti la vendita di una cosa certa e determinata, che più non esistesse nel momento della conclusione del contratto, sarebbe nulla, sia che ambedue i contraenti ne ignorassero la distruzione (13), o ambedue la sapessero (14); mentre ove uno di essi fosse stato in buona fede, e l'altro in mala fede quest'ultimo era obbligato a prestare, a seconda dei casi, o l' interesse (15), o il prezzo (16).

3. Il prezzo deve consistere in una somma di denaro. Così fu deciso da Giustiniano in favore dei Proculeiani e contro i Sabiniani, i quali pretendevano che qualunque cosa avente va-

(9) L. 34 § 3 D. h. t.

(10) L. 16 — 18 pr. L. 34. § 4 D. h. t.; L. 28 D. de A. u. A. Po 41. 2; L. 21 in f. D. de usurp. 41. 3; L. 45. pr. D. de R. I. 50. 17; L. 4. 10 C. de C. E. 4. 38.

(11) L. 35 § 2 D. h. t.;

(12) Tit. C. quae res venire non possunt 4. 40.

(13) L. 15 pr. L. 57 pr. D. h. t.

(14) L. 57 § 3. L. 58 D. h. t.

(15) L. 57 § 1. L. 58 D. h. t.

(16) L. 57 § 2. L. 58 D. h. t. v. Keller Pandecten II. p. 47.

lore potesse venir data in prezzo (17). Ciò non toglie peraltro, che il venditore, dopo fatta la vendita, possa ricevere altre cose in luogo di denaro (18); e anche si può promettere di pagare il prezzo parte in denaro e parte con altra prestazione senza che perciò ne venga alterata la natura del contratto in discorso (19).

Comunemente si ritiene che il prezzo debba essere vero, certo e giusto. Intorno a questi tre requisiti gioverà aggiungere qualche cosa.

a. Il prezzo dev' esser vero *(verum pretium)*, cioè reale e non simulato; e ciò s'intende da sè. Havvi simulazione di prezzo quando la somma convenuta è talmente insignificante da far ritenere che le parti non lo abbiano stabilito che per celia. In questa ipotesi esisterebbe donazione, ma non vendita; e parimenti vi avrebbe donazione e non vendita, se il prezzo fosse stato stabilito in congrua somma di denaro, ma senza l' intenzione di esigerlo (20). Invece se il prezzo fosse stato a bella posta fissato per amicizia molto basso, ma non fosse derisorio, esisterebbe vendita quantunque mista di donazione, e i commentatori la chiamano graziosa: d'altronde non avrebbe effetto tra' coniugi pel divieto delle donazioni tra marito e moglie (21).

b. Il prezzo deve anche essere certo, cioè determinato in modo assoluto o relativo, per es. *quantum pretii in arca habeo* (22), perchè in questo caso *magis ignorantur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est* (23). Parimenti la fissazione del prezzo può essere abbandonata all'arbitrio di una terza persona determinata, e il prezzo nondimeno esser certo. Tale almeno era l'opinione di Ofilio adottata da Proculo e accolta da Giustiniano. Senonchè Giustiniano dispose che ove il terzo designato non fissasse veramente il prezzo, la vendita avesse a ritenersi come nulla (24). Non è assolutamente ammesso di rilasciarne la fissazione all'arbitrio dell'una delle parti, chè questo

(17) Gai. 3, 141; L. 1 § 1 D. h. t.; § 2. I. eod.
(18) L. 9 C. de resc. vend. 4. 44.
(19) L. 79 D. h. t; L. 6 § 1. 2. D. de A. E. V. 19. 1.
(20) L. 36. D. h. t.; L. ult. D. pro donato 41. 6; L. 3. 9. C. h. t.
(21) L. 38. D. h. t.; cf. L. 31. §. 3. D. de don. int. vir. et ux. 24. 1.
(22) L. 7. § 1 D. h. t.
(23) L. 7 § 1. 2. L. 37 D. h. t.
(24) L. 15 C. h. t.; § 1. I. de emt. et vend.; Gai. 3, 140.

sarebbe un negozio imperfetto (25); e neppure vi avrebbe vendita secondo le idee romane, ma un contratto innominato, se come suole accadere di sovente, non si fosse trattato sul prezzo, ma p. e. senza chiederlo, si avesse presa una merce da un mercadante e conveniva allora aver ricorso all'esame degli esperti (26).

c. Finalmente il prezzo dev' esser giusto *(justum pretium)*, ma solo nel senso che il venditore può impugnare il contratto se il prezzo è al di sotto della metà del vero valore della cosa, non anche nel senso che debba corrispondere a questo valore. Anzi la regola generale è questa, che sia lecito tanto al venditore di vendere più caro che può, quanto al compratore di comperare più a buon mercato che può (27), purchè non operino *dolo malo*.

4. Il consenso dei contraenti non è vincolato a forma di sorta (28): essi possono dichiararlo espressamente, sia a voce sia in iscritto, ma anche tacitamente, in persona o col mezzo di terzi. Quant' è al tenore della dichiarazione, essa può farsi come d'ordinario *pure, in diem* o *sub conditione* (29). Una condizione usitatissima nella compera è quella di provare la cosa. In questa ipotesi il contratto non è perfetto finchè il compratore non ha gustata la cosa e dichiarata di sua soddisfazione. La compera stessa ha nome di compera a prova, e trattandosi di vettovaglie, ad assaggio, *ad gustum* (30). In alcuni casi la compera si risguarda come condizionata, quantunque non vi sia stata aggiunta alcuna espressa condizione. Per es. se la determinazione del prezzo era abbandonata a una terza persona; e parimenti se delle cose fungibili venivano comperate a peso, numero o misura, il contratto non diventava perfetto finchè non erano state pesate, numerate o misurate.

La compera è perfetta non tosto i contraenti sono d'accordo sulle qualità essenziali del contratto, cioè sulla merce e sul prezzo: ma occorrendo una condizione sospensiva, è necessario notoria-

---

(25) L. 35 § 1 D. h. t.; L. 13. C. h. t.

(26) § 1. I. de emt. et vend.; pr. I. de loc. et cond. 3. 24; L. 35 § 1 D. h. t.; L. 2. pr. D. loc. cond. 19. 2.

(27) L. 16 § 4 D. de minor. 4. 4; L. 22 § 3 D. loc. 19. 2.

(28) L. 1 § 2 D. h. t.

(29) § 4. I. h. t.; L. 1 § 2 D. h. t.

(30) L. 34 § 5 D. h. t.; L. 4 pr. § 1 D. de peric. et comm. 18. 6.

mente che essa si verifichi. Osservo altresì che in generale non si può essere costretti a comperare o vendere: ma nondimeno questo principio patisce delle eccezioni, tra cui vanno notate le più importanti. Così: un privato può essere costretto a vendere la sua proprietà per causa di utilità publica (31). Ancora, un creditore ipotecario ha il diritto di costingere ogni altro creditore a cedergli il suo diritto d'ipoteca, pagando il credito in sicurezza del quale ei fu costituito (32). Colui che ha seppellito un morto nel terreno d'altri può essere costretto o a levarlo di là o a comperare il luogo (33). Il proprietario di un terreno che è forza di attraversare per arrivare a un sepolcro, può essere costretto dal proprietario del sepolcro a cedergli il passaggio pagando una giusta indennità (34). Da ultimo il padrone di uno schiavo può venir costretto in certi casi a venderlo o ad accordargli la libertà verso pagamento di una somma di denaro (35).

II. Vedute le condizioni necessarie al contratto di vendita, son da vederne gli effetti. Questi sono relativi: 1. al pericolo e al commodo della cosa, 2. agli obblighi dei contraenti.

1. Il pericolo e commodo della cosa.

Di questo punto abbiamo già toccato in parte, parlando dei modi onde si estinguono le obbligazioni. Appena la compera è perfetta il pericolo e il commodo della cosa passano nel compratore: da questo momento cioè ogni accrescimento naturale o artificiale della cosa, in certo modo la sua forza produttiva, e tutte le altre eventualità sì favorevoli che sfavorevoli, in cui potesse incorrere, in breve tutta la sua sorte, ridondano a vantaggio o a danno del nuovo acquirente. Questo principio per altro può trovare applicazione in più modi.

(31) L. 14 § 1 D. quemadm. servit. amitt. 8. 6; cf. L. 1. § 25 D. ne quid in loco publ. 43. 8; L. 13 § 1 D. communia praedior. 8. 3. — Tit. C. ut nemini liceat in coemtione specier. se excusare 10. 27.

(32) L. 11. § 4. L. 12 § 6. L. 16. D. qui potior. in pign. 20. 4; L. 2. 5 § 1 D. de distract. pign. 20. 5; L. 5. C. qui potior. in pign. 8. 18.

(33) L. 7 pr. D. de relig. 11. 7; L. 2 § 1 D. eod.

(34) L. 12 D. de relig. 11. 7.

(35) § 2. I. de his qui sui vel al. jur. 1. 8; L. 2. D. eod. 1. 6. — L. 16. D. de S. C. Silan. 29. 5. — L. 30. in f. D. de liber. causa 40. 12 — L. 29 pr. D. de exc. rei judic. 44. 2 — § 4. I. de donat. 2. 7; L. 1 C. de comm. servo manum. 7. 7.

Trattandosi di una specie ordinaria, se la compera è stata conchiusa *pure* o *in diem*, la cosa è semplice: il pericolo passa dal momento in cui il consenso è dichiarato, e quindi colla conchiusione del contratto nel senso ordinario della parola (36).

Se invece la compra e vendita è stata fatta sotto condizione; è bensì vero che l'obbligazione non esiste che dal momento in cui la condizione si è avverata, e quindi parrebbe che il commodo e il pericolo della cosa non dovessero passare che da questo momento nel compratore: ma siccome, avverata che sia, essa, come è noto, ha forza retroattiva, e la compera vale come conchiusa fin dalle prime, così il commodo e il pericolo del frattempo spettano al compratore. Soltanto la distruzione totale della cosa così venduta è a carico del venditore, ma pel semplice motivo che non esistendo essa nel momento in cui la condizione si verifica, il contratto non può aver luogo (37). Allorquando le cose sono state vendute ad assaggio, siccome questa è una compera fatta sotto condizione, così è chiaro che il pericolo della distruzione incombe al venditore fino al verificarsi della condizione, cioè fino a tanto che il compratore abbia gustata la cosa e dichiarata di sua soddisfazione. Siccome però l'avverarsi della condizione dipende qui dall' arbitrio del compratore medesimo, pertanto è chiaro che anche il pericolo del deterioramento è a carico del venditore, potendo il compratore in questo caso dichiarare semplicemente di non volere la cosa (38).

Se delle cose fungibili sono state comperate a peso, numero o misura, siccome il contratto non è perfetto, secondo le idee romane, prima che queste cose non sieno state pesate, numerate o misurate, così parrà naturale che fino a quel momento sieno a rischio e pericolo del venditore. Egli porta però non solo il pericolo della distruzione, ma anche quello del deterioramento (39), mentre secondo i principii dei negozi condizionati si dovrebbe ritenere piuttosto che quest'ultimo stesse a ca-

---

(36) §. 3. I. de E V. 3. 23; L. 7 pr. L. 8 pr. § 1 D. de peric. et comm. 18. 6; L. 4. 5 C. eod. 4. 48; L. 34 § 6. D. de contr. emt. 18. 1.

(37) L. 8 pr. D. de peric. et comm. rei vend. 18. 6; L. 10 § 5 D. de jure dot. 23. 3; L. 5 C. de peric. et comm. rei vend. 4. 48.

(38) L. 4 pr. § 1. D. de peric. et comm.; cf. L. 17. § 2. 4. L. 20 § 2. D. praescr. verb. 19. 5.

(39) L. 35 § 5. 7 D. de contr. emt. 18, 1; L. 5. D. de peric. et comm. 18. 6; L. 2 C. eod.

rico del compratore, e per giunta risponde della custodia (40). Del resto anche una determinata quantità di cose fungibili può essere trattata nella compera come *species*, sicchè v'abbia e una cosa certa e un prezzo certo ambidue individualmente determinati, per es. tutto il vino di questa cantina per 500, tutto il vino di questa botte per 200 ec. Le cose in questo caso diconsi vendute in monte, *per aversionem*, e sono a rischio e pericolo del compratore come si trattasse di una specie (41).

Il commodo è costituito propriamente dai frutti sì naturali (42) che civili (43), da tutte le altre accessioni (44), e dalle azioni acquistate, quale sarebbe per es. l'*actio legis Aquiliae* pei danneggiamenti che una terza persona avesse recato alla cosa (45). Il pericolo è quello del caso e sta nella distruzione o nel deterioramento fortuito della cosa venduta (46).

2. Gli obblighi dei contraenti. *Actiones emti venditi:*

La compera fa luogo ad una obbligazione essenzialmente bilaterale, che si fa valere dal venditore coll'*actio venditi*, dal compratore coll' *actio emti.*

A. Esaminiamo da prima gli obblighi che incombono al venditore.

a. Il suo obbligo principale è di consegnare la merce al compratore *cum omni commodo*; cioè con tutto quello che ne fa parte (47), con tutte le accessioni che hanno potuto aggiungervisi o essere prodotte dopo la vendita (48), e con tutte le a oni che avesse ottenuto dopo conchiuso il contratto (49). I *ruta caesa*, cioè tutto quello che si trova in un fondo senza

(40) L. 1 § 1. L. 2 § 1 D. de peric. et comm.

(41) L. 1 § 1. L. 4. § 1 D. de perio. et comm.; L. 2 C. eod.; L. 35 § 5 D. de contr. emt. 18. 1.

(42) L. 13 § 10 D. de A. E. V. 19. 1; L. 13. 16 C. eod. 4. 49.

(43) L. 13 § 13 D. eod.

(44) L. 7 pr. D. de peric. et comm.; § 3 I. de emt. et. vend. 3. 23.

(45) § 3 I. eod.; L. 13 § 12. L. 31 pr. D. de A. E. V. 19. 1.

(46 § 3. I. de E. V.; L. 7 pr. de per. et comm.; L. ult. C. eod.

(47) L. 40 § 1. L. 47. 48. 49. 67 D. de C. E. 18. 1; L. 13. § 31. L. 14-18. 32 § 2. L. 52 § 3 D. emti 19. 1.

(48) § 3 I. de E. V. 3. 23; L. 7 pr. D. de peric. et comm. 18. 6; L. 1 C. eod. 4. 48; L. 13. 16. C. emti 4. 49.

(49) L. 13 §. 12. L. 31 pr. D. de A. E. V.; L. 14 pr. L. 80 pr. D. de furt. 47. 2.

esservi unito per coesione e che anche altrimenti non può essere risguardato come una pertinenza del medesimo, non vanno consegnati, se non sono esplicitamente compresi nel contratto, appunto perchè non sono pertinenze (50); e lo stesso dicasi dell'inventario mobile di un fondo rustico, eccettuato lo strame e il concime (51).

b. Il venditore non si obbliga propriamente a dare la cosa al compratore: *ita ut res accipientis fiat;* ma solo a lasciargliene il possesso in modo che possa averla: *ita ut rem habere liceat.* In altri termini deve metterlo in condizione da poter esercitare il diritto di proprietà sulla cosa comperata senza essere molestato da fondate pretese di terze persone (52): ma non ha l'obbligo di trasmettergli subito la proprietà stessa colle forme proprie del dominio romano. E il motivo era per fermo questo, che la compera fu principalmente risguardata e svolta come un *negotium juris gentium*, e quindi non potè venire congiunta con obblighi che un peregrino non avrebbe potuto adempiere. D'altronde la breve usucapione sanava talmente il rapporto tra' cittadini che quel principio non poteva importar gravi danni, mentre pur serviva a prevenire molte complicazioni. Ancora, trattandosi di *res mancipi*, se la convenzione era conchiusa tra cittadini, nulla s'opponeva di convenire che la tradizione sarebbe accompagnata dalla mancipazione. Quando poi un peregrino interveniva nel contratto o la cosa non era capace di mancipazione, s'impiegavano i mezzi che i progressi della civiltà non tardarono a suggerire (53).

c. Potendo darsi che il compratore, pur avendo ricevuto il possesso della cosa, ne fosse privato poi da qualcuno che avesse diritto di averla, si cominciò col farsi promettere dal venditore una pena pecuniaria pel caso in cui la cosa fosse tolta al compratore. Questi patti diventarono così comuni che la giurisprudenza finì coll'accettare la garanzia per titolo di evizione come un obbligo inerente alla natura stessa del contratto. Per tal

(50) L. 66. § 2 D. de C E. 18. 1; L. 241 D. de V. S.

(51) L. 15. 16. 17. pr. § 2. D. de A. E. V. 19. 1; cf. L. 21. D. de instructo v. instrum. legato 33. 7; L. ult. D. de supellectile legata 33. 10.

(52) L. 11 §. 2. L. 30 § 1 D. de A. E. V.

(53) Keller II. 60; Maynz 185.

modo, quand'anche una simile convenzione non fosse stata fatta espressamente, il venditore fu nondimeno obbligato a rispondere di tutti i danni e interessi nel caso di evizione, cioè qualora, per un vizio nel suo diritto e in forza di una sentenza del giudice ordinario, la cosa fosse sottratta in tutto o in parte alla disponibilità del compratore, purchè questi non abbia trascurato nulla per difenderla. Di quest'obbligo abbiamo già toccato più ampiamente in altra occasione.

d. Si usava anche di esigere dal venditore che garantisse certe qualità della cosa, *dicta et promissa*, e allora rispondeva naturalmente della esistenza di esse (54): ma in modo analogo come per la garanzia in caso di evizione, si finì coll'ammettere che il venditore avesse obbligo di garantire non pure la esistenza delle qualità che aveva affermato appartenere alla cosa venduta ma anche l'assenza di tutti i vizi e difetti occulti. Anche di ciò abbiamo toccato altrove; e sappiamo che un editto degli Edili determinò che trattandosi della vendita di servi e di animali, il venditore dovesse rispondere al compratore dei vizi nascosti da lui non manifestati. In questo caso il compratore aveva due azioni a sua scelta: l'*actio redhibitoria* per la rescissione del contratto, e l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris* per una diminuzione proporzionata del prezzo. Labeone e gli altri giureconsulti estesero poi le azioni edilizie a qualunque maniera di cose e difetti, e il venditore fu così obbligato di rispondere anche dei vizi e difetti occulti, purchè abbiano preesistito al contratto, e sieno tuttora esistenti, e il compratore non li abbia conosciuti, e sieno tali da rendere la cosa impropria all'uso per cui è destinata o da scemarne sensibilmente il valore.

e. Per ultimo il venditore deve risarcire ogni danno che avesse cagionato al compratore per sua colpa; e risponde anche della colpa lieve. Segnatamente egli deve prestare quella medesima diligenza, quella medesima custodia come il commodatario (55).

B. Esaminiamo gli obblighi del compratore.

a. Il suo obbligo principale è di pagare il prezzo convenuto, trasferendo nel venditore la proprietà delle specie metalliche (56).

(54) L. 1 § 1. L. 17 § 20. L. 18. 19. pr. § 1. 4 D. de aedil. edicto 21. 1.
(55) L. 35. § 4. D. de C. E. 18. 1; L. 3. 11 D. de peric. et comm. 18. 6; L. 13 § 16. L. 36. 54. pr. D. de A. E. V. 10. 1.
(56) L. 13 § 20 D. de A. E. V.; L. 11 § 2 in f. D. eod; L. 7 C. eod.

Avvertiamo peraltro due particolarità. Se il venditore aveva la proprietà della cosa venduta, poteva naturalmente trasmetterla nel compratore: ma la proprietà non passava in lui neppure in seguito alla tradizione, finchè il prezzo non era effettivamente pagato, ammenochè il venditore non avesse venduto sotto fede di prezzo, o come si dice volgarmente a credenza o a fido (57), e avesse accettato delle garanzie (58).

b. Oltrecciò dopo consegnata la cosa, il compratore deve pagare anche gli interessi del prezzo (59), ammenochè non fosse stato stabilito un termine al pagamento; chè allora non si avrebbe riguardo al momento della tradizione, ma solamente alla mora (60).

c. Il compratore, come vedemmo, è anche tenuto per lesione enorme. Se la sproporzione tra il prezzo e il valore della cosa è tale da superare la metà, il venditore può domandare o la rescissione del contratto a motivo della lesione, o che il compratore vi aggiunga quanto manca al vero valore dell'obbietto. Oltrecciò deve risarcire il venditore di tutte le spese necessarie ed utili, che questi può aver fatto dal giorno in cui venne conchiuso il contratto, tra le altre anche quelle incorse pel pagamento dei publici tributi (61).

d. Per ultimo è tenuto a restaurare ogni danno che per sua colpa ne fosse derivato al venditore; e precisamente risponde anch'egli di qualunque colpa, perchè risente vantaggio dal contratto (62).

---

(57) § 41 I. de rer. divis. 2. 1; L. 19 D. de C. E. 18. 1.
(58) LL. citt.; L. 53 D. de C. E.
(59) L. 13 § 20 D. de A. E. V.; L. 18 § 1. D. de usur. 22. 1; L. 2. C. eod. 4. 32; L. 5. C. de A. E. V. 4. 49.
(60) L. ult. D. de peric. et comm. 18. 6; L. 13 C. de A. E. V.
(61) L. 13 § 22 D. de A. E. V.; L. 13. 16 C. eod.
(62) L. 23 D. de R. I.; L. 5 § 2 D. commod. 13. 6; L. 31 §. 11. 12 D. de aedil. edicto 21 1.

2. La Società.

Tit. 1. de societate (3. 25); D e C pro socio (17. 2 — 4. 37).

Donelli, comment. XIII c. 15 — 17. XVI. c. 24 **Glück** XV. p. 371 seg. **Heimbach** nel Rechtslex. di Weiske IV. v. Gesellschaftsvertrag. **Treitschke,** die Lehre v. d. unbeschränkt obligator. Gewerbegesellschaft Lips. 1844. **Thöl,** Handelsrecht I §. 34 seg. **Bellavite,** Appunti p. 70. **Talon,** étude sur le contrat de société Par. 1867. — **Leist,** nella Giess. Zeitschr. XVII. 10. **Gesterding,** Vers. den Begriff der Societät auf's Reine zu bringen (Irrth. n. 9. I). Il medes. Erörterung der Frage ob bei der societas quaestuaria das Eigenthum zusammengebrachter Sachen v. den sociis einander mitgetheilt werde (Irrth. n. 9. 2). **Guyet,** üb. die Frage, ob man bei dem Gesellschaftsvertr. annehmen soll, dass die eingeworfenen Sachen zum Eigenth. od nur zum Gebrauche den anderen Gesellschaftern mitgetheilt wurden (nelle sue Abh. n. 9). **Wächter,** (nell' Arch. für civ. Praxis XV p. 206 seg.). **Mommsen,** Beitr. I. p. 405 seg **Hasse,** Culpa § 69. — **Lauterbach,** de socior. obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis inita 1668 (Diss. accad. III. n. 129 p. 727 seg). — **Roman,** üb. den einseitigen Rücktritt v. einem abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag Eilbr. 1825. **Höpfner,** üb. den einseitig. Rücktritt v. dem Gesellschaftsvertr. (Arch. f. civ. Prax. XVII. 10. 15). **Mayr,** de divisione bonorum societatis Landish. 1825. — **Vangerow** § 651. 653. 655.

I. La società è un contratto consensuale sinallagmatico, con cui due o più persone, che si chiamano soci, si obbligano temporaneamente ad accomunare cose od opere all'intento di conseguire un fine lecito e di comune utilità.

Perchè v'abbia una società è dunque necessario:

1. Che ogni socio conferisca qualche cosa alla società: altrimenti potrebbe verificarsi non società, ma donazione per parte degli altri verso chi dovesse partecipare ai vantaggi senza conferire cosa alcuna; per cui osserva Ulpiano: *donationis causa societas recte non contrahitur* (1). Del resto non è punto necessario che la collazione di un socio sia uguale in generale a quella dell'altro, e uno può conferire delle cose e l' altro delle opere; nè importa che sieno uguali nella quantità (2). Solo è osservabile che in difetto di una speciale convenzione sulla qualità e quantità delle collazioni rispettive, si presume che la collazione di ciascun socio debba essere uguale a quella dell'altro (3).

2. Occorre eziandio che v'abbia uno scopo comune. Il

---

(1) L 5. § 2 D. h. t.; L. 32. § 4. D. de don. int. vir. et ux. 24. 1.

(2) § 2. I. h. t.; L. 5 § 1. L. 6 in f. L. 29 pr. L. 52. § 2. 7. L. 71. pr. L. 80 in f. D. h. t.; L. 13. § 1. D. de praescr. verb. 19. 5; L. 1. C. h. t.

(3) L. 29 pr. D. h. t.

contratto è diretto a conseguire un comune risultato economico; e di regola ognuno dei soci parteciperà a questo risultato, sì in bene che in male, vale a dire tanto ai lucri quanto alle perdite: ma intorno a questa partecipazione decidono naturalmente le clausole speciali stabilite dalle parti nel contrarre la società (4). Al qual proposito avverto come dagli antichi giureconsulti si disputasse se fosse ammissibile quel patto in forza del quale un socio godesse due terzi degli utili e non partecipasse che ad un terzo delle perdite, e l'altro soffrisse due terzi delle perdite e non godesse che un terzo degli utili. Quinto Muzio risguardava questa determinazione come ripugnante all'indole del contratto; ma Servio Sulpicio faceva giustamente osservare che talvolta l'industria di un socio profitta tanto alla società quanto il danaro e più, da parere giustificato il maggior vantaggio di esso in confronto degli altri soci (5). Anzi cotesto ragionamento di Servio fece breccia per modo, che si ritenne poi potersi validamente convenire che uno dei soci partecipasse ai lucri senza partecipare alle perdite, purchè la sua opera fosse tale da compensare il danno (6). Soltanto è vietato di convenire che un socio debba essere escluso puramente e semplicemente dagli utili, *societas leonina*; chè una simile convenzione sarebbe contraria alla essenza stessa della società (7). Se i soci non avessero preso una deliberazione che circa la misura nella quale intendevano di partecipare agli utili, la medesima proporzione doveva valere anche per le perdite, e viceversa (8). Se avessero rimesso la misura della ripartizione dei lucri e delle perdite all'arbitrio di uno di essi (9), o di un terzo (10), si riteneva in ambi i casi che non fosse un mero arbitrio, ma un *arbitrium boni viri*, per cui se era apertamente iniquo poteva venir corretto dal giudice. Se finalmente non fosse stato stabilito nulla intorno alla ripartizione dei lucri e delle perdite gli

(4) Gai. 3, 150; § 1. 2. 3. I. h. t.; L. 29 pr. D. h. t.
(5) § 2 I. h. t.; L. 30 D. h. t.
(6) § 2 I. h. t.; L. 29 § 1. D. h. t.
(7) L. 29 § 2 D. h. t.
(8) Gai 3, 150; § 3 I. h. t.
(9) L. 6 D. h. t.
(10) L. 76-80 D. h. t.

uni e le altre andavano ripartiti a porzioni uguali o virili non ostante la diversità delle messe (11).

3. Lo scopo deve anche esser lecito e conseguibile con mezzi che abbiano il carattere della liceità: *rerum inhonestarum nulla est societas*. Quindi non sarebbe valida una società intesa a fare il contrabbando a o commettere furti (12).

4. Ancora, la società non può durare perpetuamente: *nulla societatis in aeternum coitio est* (13); e nè tampoco può il contratto venir esteso agli eredi (14), salvo nelle numerose società di publicani, alle quali manca ordinariamente la stretta relazione personale che c'è nelle altre (15). Invece la società può venir conchiusa per un tempo determinato; ma il socio che ne uscisse prima del termine non poteva essere costretto neppure indirettamente a continuarla, e rispondeva solo in modo limitato dell'interesse, press' a poco come nel caso di una rinuncia intempestiva allorquando la durata della società non era stata determinata. Ancora, se la società era stata conchiusa per un dato tempo, il socio poteva nondimeno rinunciarvi *ex justa causa* (16). Era quindi naturale che non si ascrivesse un gran valore a simili convenzioni sulla durata, quand'anche fossero state fatte.

5. La società si perfeziona col solo consenso. Il quale può essere si espresso che tacito: può risultare cioè dalla forza delle cose (17); ma è necessario ad ogni modo che consti l'intenzione delle parti di associarsi, per cui la società si distingue opportunamente dalla communione dei beni. Oltrecciò, qualunque sia il modo con cui le parti esprimono la loro volontà, esse sono tenute l' una verso l'altra a una speciale buona fede ancora al momento della conchiusione del contratto. La buona fede è in modo eminente il principio regolatore della società: è qualche cosa molto più essenziale in essa che negli altri contratti di buona fede e più

(11) Gai. 3,150; § 1. I. h. t.; L. 29 pr. D. h. t.

(12) L. 3 § 3. L. 57 D. h. t; L. 1 § 14 D. de tut. act. 27. 3; L. 70 D. de fidejuss. 46. 1.

(13) L. 70 D. h. t.

(14) L. 35. 59 pr. D. h. t.

(15) L. 59 pr. L. 63 § 8. D. h. t.

(16) L. 14-16 pr. L. 17 § 2. L. 65 § 4. 5 D. h. t.

(17) L. 1 pr. D. h. t.

spesso che in questi fonda l'obbligo di provvedere all'interesse dei soci come al proprio.

II. La società può essere di varia specie a seconda che si prendono a considerare i mezzi che vengono conferiti o lo scopo per cui essa viene conchiusa.

1. Se badiamo agli oggetti della collazione troviamo tre specie di società: la *societas rerum,* la *societas operarum* e la *societas mixta,* a seconda che i soci mettono in comune le loro cose soltanto, oppure le opere, o le une e le altre. Quando vengono comunicate delle cose, giova por mente se sieno poste insieme quanto all'esercizio soltanto, o eziandio quanto alla proprietà, per cui si distingue opportunamente la *societas usus* dalla *societas sortis.* In dubbio converrà aver riguardo all'obbietto che vien conferito. Se si tratta di cose non fungibili la presunzione milita in favore della società d'uso, perchè possono venir adoperate anche da terze persone senza danno del diritto di proprietà, e quindi lo scopo della società non esige punto una rinuncia della proprietà sulle medesime. Ciò trova applicazione persino nell'ipotesi che i soci avessero poste insieme le loro cose nello scopo di venderle più vantaggiosamente (18). Che se in questi casi havvi una società d'uso, s'intende che cessata la società, il socio può domandare la restituzione appunto di quelle cose che ha conferito; e se per un accidente fortuito esse fossero state danneggiate o distrutte, il danno sarebbe a tutto suo carico (19). In quella vece, trattandosi di cose fungibili, si supporrà avervi una *societas sortis,* perchè l'uso non ne sarebbe possibile senza la proprietà e solo a condizione di perdere la proprietà; mentre appunto per lasciarne l'uso alla società vengono conferite. Perciò nel caso che andassero accidentalmente perdute, il danno colpirebbe la società e non il solo socio (20): ma s'intende d'altronde, che nonostante la communione di proprietà fondata per la collazione, le cose vogliono essere restituite dopo sciolta la società in quella medesima proporzione nella quale vennero conferite ,persino allorquando che si fosse convenuto dover

(18) L. 58 pr. D. h. t.

(19) L. 58 pr. cit.; L. 13 § 1 D. praescr. verb. 19 5; cf. L. 52 § 2 D. h. t.

(20) L. 58 § 1. D. h. t.

la partecipazione dei lucri e delle perdite essere uguale in onta alla diversità delle messe, od uno dei soci avesse conferito del denaro e l'altro delle opere.

2. Avuto riguardo allo scopo, si distingue particolarmente la società semplice dalla questuaria. È semplice qualora i soci non si propongono altro fine se non di conseguire la communione; è questuaria o lucrativa se tende a maggiori guadagni colla scorta di maggiori capitali. Questa poi ha una estensione molto diversa a seconda dei casi. Tra le altre può riferirsi ad ogni possibile guadagno della detta specie, e suol dirsi società universale dei lucri: *societas universorum quae ex quaestu veniunt* (21); ma può anche limitarsi all'esercizio di un dato ramo di affari, e persino a un affare soltanto, e mentre in quel caso porta il nome di società generale dei lucri: *societas negotiationis alicuius*, in questo si addimanda società speciale dei lucri: *societas rei unius* (22).

3. Per ultimo va distinta la società universale dalla particolare. Nella prima, che è detta dai Latini *societas omnium bonorum*, o anche *societas universorum bonorum*, *societas totorum bonorum*, *societas universarum fortunarum*, i soci intendono di comunicarsi e mettere assieme tutti i loro beni presenti e futuri: nella seconda lo scopo è meno ampio (23). La società universale dei beni presenta alcune particolarità che la distinguono dalle altre specie, e che meritano una particolare considerazione.

A. Prima di tutto i soci hanno l'obbligo di mettere in comune non solo la loro sostanza presente, ma anche i futuri acquisti sia che derivino da titolo lucrativo od oneroso, dal caso o dall'industria (24). Alla società non rimane estraneo se non quello che un socio avesse acquistato con atti illeciti; o meglio egli non è obbligato a conferirlo; ma dal momento che ne aveva fatta la collazione, non poteva più ripeterlo (25). Ogni socio poi diventa comproprietario della sostanza degli altri soci fin dal momento che fu conchiusa la società senza bisogno di una re-

(21) L. 7-13. L. 71. § 1 D h. t.
(22) L. 5 pr. D. h. t.
(23) pr. I. h. t.; L. 5 pr. L. 65 pr. L. 73 D. eod.
(24) L. 3 § 1. L. 52 § 16. L. 73 D. h. t.
(25) L. 52 § 17. L. 53 D h. t.

ciproca tradizione: *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire* (26): ma ciò non vale propriamente che delle cose corporali, perchè i crediti vogliono essere sempre ceduti: *actiones invicem praestari debent* (27).

B. Del resto, come diventano comuni tutti gli *activa*, così è naturale che anche i *passiva* di ciascun socio si abbiano a risguardare come debiti comuni; e non solamente quelli contratti durante la società, ma anche i debiti contratti prima. Gli uni e gli altri sono debiti comuni nel senso che colla comune sostanza vogliono essere pagati (28). I soli debiti derivanti da delitto durante il tempo della società sono interamente a carico della parte del debitore (29): ma se questi vien condannato a pagare, può anche ripetere l'utile ricavatone conferito nella società (30). Se i soci avevano avuto contezza del delitto, e nondimeno ne avevano accettata la collazione degli utili, il debito stava naturalmente a carico anche delle loro parti (31).

C. Finalmente, come i debiti contratti, anche tutti gli altri bisogni pecuniari dei singoli soci sono comuni, senza badare se l'uno abbisogni di più e l'altro meno (32).

III. Ora dobbiamo considerare quali obblighi derivino dalla società, e prima quelli dei soci tra loro, poi quelli tra i soci e i terzi.

1. Gli obblighi dei soci tra loro sono generalmente uguali, e quindi dal contratto di società ne nasce una sola azione, l'*actio pro socio*, con cui l'uno può domandare all'altro l'adempimento dei suoi obblighi. Ma in cosa consistono questi obblighi?

a. Prima di tutto i soci debbono conferire ciò che hanno promesso al momento in cui la società venne costituita, sia che si tratti di denaro, opere o altro. Il conferimento delle cose corporali si effettua colla tradizione delle medesime, quello dei crediti colla cessione o delegazione, quello dell'industria coll'esecuzione delle

---

(26) L. 1 § 1. L. 2. D. h. t.
(27) L. 3 pr. D. h. t.
(28) L. 27. 73 in f. D, h. t.
(29) L. 52 § ult. L. 59 § 1 D. h. t.
(30) L. 54 D. h. t.
(31) L. 55. 56 D. h. t.
(32) L. 73 D. h. t.

opere promesse e dovute (33). Se la cosa da porsi in comune è una specie, e questa è perita prima ancora della collazione, anche la società cessa senz'altro in quanto sia appunto fondata su quella prestazione: continuerebbe invece, nonostante la distruzione della cosa, quando questa fosse perita dopo la collazione (34).

b. Ogni socio deve anche porre in comune, tutto ciò che ha ricavato coll'esercizio del negozio sociale (35); e trattandosi di capitali, può sotto certe circostanze essere obbligato a pagare le usure moratorie. Ciò avviene quando, ad onta della interpellazione fattagli dagli altri soci, egli tarda a farne il versamento, o li converte in proprio uso (36). Cessa invece quest' obbligo della collazione per tutti gli acquisti estranei allo scopo della società (37).

c. Il socio che avesse amministrato gli affari sociali, deve anche, a gestione finita, rendere conto della medesima (38).

d. In questa amministrazione deve adoperare quella diligenza che adopera nelle cose proprie (39). È però osservabile che tra gli antichi giureconsulti, alcuni erano d'opinione che il socio non avesse a rispondere che del dolo, principalmente a motivo, che agendo egli per gli altri, agiva a un tempo per sè medesimo (40). Che se qualche cosa fosse stata affidata a un socio verso estimazione, egli rispondeva anche della esattissima diligenza (41). Può essere che un socio abbia colla sua negligenza danneggiata la società in un affare, ma in pari tempo l'abbia avvantaggiata colla cura messa in un altro: potrà egli compensare l' utile col danno? No certo (42): ma invece era am-

(33) L. 52 § 8. 13. L. 58 § 2. L. 71 pr. L. 73 D. h. t.

(34) L. 58 § 1 D. h. t.

(35) L. 74 D. h. t.

(36) C. 1 § 1 D. de usur. 22. 1; L. 60 pr. L. 67 § 1 D. h. t.

(37) L. 52 § 5. 6. D. h. t.; L. 7-11. 13. 71 § 1. D. h. t.; L. 45 § 2 D. de A. v. O. H. 29. 2.

(38) L. 9 pr. D. de edendo 2. 13.

(39) § 9 I. h. t.; L. 52 § 2. 3. L. 72 D. h. t.; cf. L. 5. § 2 D. commod. 13. 6; L. 23 D. de R. I.

(40) § 9. I. h. t.

(41) L. 52 § 3 D. h. t.

(42) L. 23 § 1. L. 25. 26 D. h. t.

messa la compensazione tra quello che egli doveva a un altro socio e questo a lui sia per colpa o altro (43).

e. Del resto il socio può essere obbligato al risarcimento anche senza colpa, e precisamente per tutte le spese necessarie ed utili, insieme colle usure (44), e per tutti i danni che un socio avesse casualmente patito nella sostanza sua propria, amministrando un affare comune (45). Con ciò si collega in certo modo anche l'altro obbligo di risarcire il danno derivato dalla insolvenza di uno o dell'altro dei soci (46). Prescindendo però da questa ipotesi il danno cagionato da un caso fortuito, quando si verifica sulle cose comuni va portato in comune (47); quando si verifica sulle cose speciali dell'uno o dell'altro è a tutto carico del proprietario (48).

Questi sono gli obblighi dei soci e pel loro adempimento ciascuno di essi ha l'*actio pro socio*, la quale è *ab utraque parte directa*, e appartiene alle azioni famose (49). Ancora, c'è questo di particolare che essa ammette il così detto *beneficium competentiae*, vale a dire un socio non può essere condannato per quello che deve alla società che fino alla concorrenza delle sue sostanze: *in quantum facere potest* (50). Compete poi ad ogni socio tanto per ottenere lo scioglimento e la liquidazione della società e regolare la somma di tutti gli obblighi che si trovassero esistere in quel momento, quanto altresì per far valere durante la società una obbligazione speciale derivante dal contratto (51). Nel primo caso il giudizio determina definitivamente le reciproche prestazioni dei soci, e la parte di ciascheduno all'avere sociale, tanto per ciò che riguarda i crediti e i debiti, quanto per ciò che concerne i diritti reali. Nondimeno, trattandosi di

(43) L. 10 pr. D. de compens. 16. 2.
(44) L. 52 § 15. L. 67 § 2 D. h. t.; L. 2. C. eod.
(45) L. 52 § 4. L. 60 § 1. L. 61. D. h. t.
(46) L. 63 § 5. L. 67 pr. D. h. t.
(47) L. 52 § 3. L. 58 § 1. D. h. t.
(48) L. 58 § 1 D. h. t.
(49) L. 1. 6 § 6. D. de his qui not. 3. 2; L. 22 C. ex quib. caus. inf. 2. 12.
(50) § 38 I. h. t.; L. 63 pr. § 1-7 D. h. t.; L. 16. 22 § 1. D. de re judic. 42. 1.
(51) L. 52 § 13. L. 65 § 15 D. h. t.

questi, esso non fa che constatare le porzioni intellettuali dovute a ciascun socio, ma non ha effetto attributivo di proprietà. La divisione reale ed effettiva del fondo sociale si può chiedere unicamente coll' *actio communi dividundo*, la quale, grazie alla aggiudicazione che ne consegue, attribuendo a ciascuno dei soci la sua parte divisa nelle cose comuni, crea una nuova proprietà (52). In date circostanze possono anche venire sperimentate l'*actio furtiva* o l' *actio legis Aquiliae* (53), l'*actio emti* o *venditi* (54).

2. Nelle relazioni dei soci coi terzi dobbiamo distinguere più casi:

a. Se tutti i soci hanno conchiuso l'affare in discorso, tanto è certo che ciascuno di essi è obbligato sì attivamente e sì passivamente, ma solo *pro rata* (55), e precisamente non per porzioni virili, che parrebbe più naturale, ma in relazione delle porzioni sociali (56).

b. Se il contratto non è stato conchiuso che da uno o alcuni soci, il vincolo obbligatorio che ne deriva lega quel solo o quei pochi che intervennero a costituirlo. Gli altri soci non possono acquistare con quel contratto un diritto di azione contro il terzo se non mediante cessione; e viceversa il terzo non potrebbe agire contro di essi, che qualora il socio contraente fosse loro institore o mandatario e come tale avesse conchiuso il negozio (57), o senza essere institore o mandatario degli altri avesse almeno conchiuso il contratto per la società qualora questa lo ratificasse (58), o ne avesse ritratto vantaggio (59). Va poi notato che i soci in questi casi potrebbero essere con-

---

(52) L. 1. 2 pr. D. comm. divid. 10. 3; L. 17 pr. L. 33 § 1. L. 43 D. eod.

(53) L. 45. 47-51 D. h. t.

(54) L. 69. D. h. t.

(55) L. 11 § 1 D. de duob. reis 45. 2; L. 9 C. si cert. pet. 4. 2. — L. 4 pr. D. de exerc. act. 14. 1.; L. 44. § 1. D. de aedil. ed. 21. 1.

(56) L. 4 pr. D. de exerc. act.; L. 44 § 1 D. de aedil. ed.

(57) L. 4 § 1. D. de exerc. act.; cf. L. 1 § ult. L. 2. D. eod.; L. 13 § 2 L. 14 D. de instit. act. 14. 3.

(58) L. 60. D. de R. I.

(59) L. 82 D. h. t.

venuti *in solidum* (60), e soltanto nell'ultimo, qualora la *negotiorum gestio* avesse fruttato alla società, era ammessa una obbligazione *pro rata* giusta i principii della *in rem versio* (61). Se il socio avesse conchiuso il negozio, non come *negotiorum gestor,* ma in suo nome, l'obbligo in confronto del terzo era tutto suo, e gli altri soci non ne risentivano punto gli effetti, neppur nel caso che la società si fosse locupletata.

c. Tutti questi principii trovano anche applicazione allorquando un terzo, non socio, avesse conchiuso un affare per la società. Anche qui converrà distinguere se questo terzo l'abbia intrapreso come institore o mandatario, come *negotiorum gestor* o per sè medesimo.

IV. La società può sciorsi in vario modo: *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione.*

1. *Societas solvitur ex personis.* Ciò accade innanzi tutto per morte di uno dei soci. L'erede del defunto non continua la società: *quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit* (62): anzi di regola non la continuava neppure se era stato convenuto il contrario (63). D'altronde le singole pretese già nate dalla società, massime le conseguenze degli affari già cominciati, passano naturalmente anche agli eredi; e ancora, l'erede ha l'obbligo di compiere gli affari lasciati incompiuti dal suo autore (64). La morte poi pone termine alla società anche per gli altri soci; salvo se era convenuto il contrario (65). Ad ogni modo la morte non esercitava questo effetto di sciogliere la società se non dal momento in cui fosse giunta a notizia degli altri soci (66). Alla morte poi va pareggiata la *capitis deminutio maxima* e *media:* anch'essa è causa di dissoluzione del vincolo sociale al pari della morte (67). Secondariamente va sciolta la società *ex personis* anche per *egestas* (68), cioè quando

(60) LL. citt.
(61) arg. L. 10 § 4. L. 13 D. de in rem verso 15. 3.
(62) § 5 I. h. t.; cf. L. 4 § 1. L. 65. § 11 D. h. t.
(63) L. 35. 59 pr. D. h. t.
(64) L. 35. 36. 40. 63 § 8. L. 65 § 2 D. h. t.
(65) § 5. I. h. t.; L. 65 § 9. D. h. t.
(66) L. 65 § 10 D. h. t.
(67) L. 4. § 1. L. 63 § ult. D. h. t.
(68) L. 4 § 1. D. h. t.

un socio perdeva tutta la sua sostanza, come nel caso che gli venissero confiscati tutti i beni (69), e in quello del concorso (70).

2. *Societas solvitur ex rebus*. Ciò si verifica in due casi: per la distruzione della cosa che forma l'obbietto della società (71), e pel conseguimento del fine pel quale venne conchiusa (72).

3. *Societas solvitur ex voluntate*, cioè non solo per *contrarius consensus*, quando i soci concordino unanimemente di porvi termine (73), ma eziandio per rinuncia di uno di essi (74). Nondimeno a proposito della rinuncia sono da osservare più cose. Essa non deve accadere dolosamente, come sarebbe se il socio rinunciasse alla società per fare da solo un guadagno che altrimenti dovrebbe dividere cogli altri (75); e non deve neppur essere intempestiva (76), cioè fatta prima che spiri il termine convenuto (77), o nel caso che non fosse stato stabilito alcun termine, se è contraria all' interesse comune (78). La rinuncia che pur si facesse da un socio con dolo o intempestivamente avrebbe bensì efficacia in suo danno ma non anche in suo vantaggio; e mentre egli non parteciperebbe più ai lucri, dovrebbe sopportare la sua parte delle perdite come se non avesse rinunciato: *socium a se non se a socio liberat* (79). La rinuncia per altro poteva essere cagionata da una certa necessità, e in questa ipotesi era ammessa una eccezione, perchè il socio poteva rinunciare anche intempestivamente senza suo danno (80).

6. *Societas solvitur ex actione*, quando la causa della società sia stata mutata mediante novazione o in seguito a un giudizio, che la dichiarasse soppressa (81).

---

(69) § 7. I. h. t., L. 65 § 12 D. h. t.
(70) § 8. I. h. t.; L. 65 § 1. D. h. t.
(71) L. 63 § ult. D. h. t.
(72) § 6 I. h. t.; L. 65 § 10 pr. D. h. t.
(73) L. 65 § 3 D. h. t.
(74) § 4. I. h. t.; L. 4 § 1. L. 63 § ult. D. h. t; L. 5 C. eod.
(75) § 4. I. h. t.; L. 65 § 3 D. h. t.
(76) L. 14. 17 § 2 D. h. t.
(77) L 65 § 6 D. h. t.
(78) L. 65 § 5 D. h. t.
(79) L. 65. § 6. D. h. t.
(80) L. 65. § 6. D. h. t.; L. 14. 15. 16 pr. D. eod.
(81) L. 65 pr. D. h. t.

V. Per ciò che riguarda la divisione della sostanza sociale dopo sciolta la società, si deve por mente innanzi tutto se non v'abbia in proposito una speciale convenzione. Ciò che allora decide è il tenore di essa. In difetto di convenzione, tanto è certo che se le messe dei soci sono eguali, anche la sostanza sociale va divisa tra essi in uguali porzioni aritmetiche. Se però le messe non fossero uguali, dovrà ritenersi che anche la partecipazione ai lucri ed alle perdite debba essere disuguale, cioè proporzionata alle messe? o non anzi dovrà ammettersi che in onta alla disuguaglianza delle messe le parti debbano essere sempre uguali aritmeticamente? La prima opinione è certamente sorretta dalla equità, ma la seconda soltanto è conforme alla legge (82). Certo i Romani partivano dalla considerazione che in una società non importano solamente le messe, ma vi possono influire anche altre circostanze, le quali si sottraggono assolutamente a qualunque stima, per es. il nome, il credito, le relazioni di un socio, che possono giovare al conseguimento dello scopo più dei danari e delle opere conferite. Partendo da questa considerazione non è difficile il supporre, che quando si erano convenute delle messe disuguali ma non anche delle parti disuguali negli utili e nelle perdite, i contraenti abbiano creduto che la disuguaglianza delle messe possa essere pareggiata da queste o simili circostanze.

---

3. Il mandato.

Tit. I. de mandato (3. 26). D. e C. mandati vel contra (17. 1 — 4. 35).

Donelli, Comment. XIII. c. 10 — 14. XVI. c. 23 **Glück,** XV. p. 259 seg. **Bellavite,** Appunti p. 1. **Philipsborn,** de natura depositi et mandati Berl. 1866. — **Thibaut,** Beitr. zur Erläuter. der L. 6 § 5 D. mandati vel contra (nei suoi Vers. I. 8) **Gesterding,** v. Unterschied zwischen Rath u. Auftrag (nei suoi Irrth. n. 6. 2). **Neustetel,** üb. die Verbindlichk. des Rathgebers u. des mandatum in gratia mandatarii (Arch. f. civ. Prax. II. 4.) **Hepp,** üb die rechtl. Wirkungen des Raths u. der Empfehlung (Ibid. XI. 3). **Seuffert,** Beitr. zur Lehre v. der Rathsertheilung (Ibid. n. 16. 4). **Heimbach** nel Rechtslex. di Weiske VII v. Mandat. — **Souchay,** üb. verschiedene Rechtsfragen in Bezug auf Einkaufs- u. Verkaufs-Commission v. Staatspapieren (Giess. Zeitschr. V. 10). **Thibaut,** üb. das Substitutionsrecht des Mandatars (nei suoi Vers. II. 6.).

---

(82) L. 29 pr. D. h. t.

Bekker, Haftpflicht des Mandanten für Aufträge die dem Mandatar entstellt zugehen (nei suoi Iahrb. IV. 5). — **Glück,** XIV p. 235; seg **Welske,** Bestimmung der Grenzen der institor. Klagen (nella sua prakt. Behandl. einiger zivilrechtl. Gegenst. 2). **Ruhstrat,** Bemerkungen üb. aussergerichtl. Repräsentation (Arch. f. Oldenb. Recht I. p. 12 seg.). — **Gesterding,** üb. die Widerruflichk. des Auftrags (Giess. Zeitschr. XV. 1). Il medes. vom Erlöschen des Mandats durch Tod u. Widerruf (Irrth. n. 6. 3). **Zimmern,** üb. den nach des Mandators Tod zu vollziehenden Auftrag (Arch. f. civ. Prax. IV. 19). **Dietzel,** mandatum post mortem Lips. 1353. Il medes. nella Giess. Zeitschr. N. S. XIII. 13. — **Vangerow** § 659. 661.

I. Diciamo mandato quel contratto consensuale per cui taluno, il mandante, incarica un' altra persona, il mandatario, e questa promette di eseguire gratuitamente un suo affare.

Precisamente è necessario perchè v' abbia un mandato :

1. Che le persone sieno capaci. In generale per ciò che concerne il mandante, si suppone che abbia la capacità di conchiudere un contratto ; per ciò che concerne il mandatario, egli deve essere capace a un tempo di trattare gli affari altrui e di obbligare se medesimo.

A. In ispecie merita osservazione che trattandosi di negozi stragiudiciali perfino un impubere poteva per diritto romano esercitare validamente gli altrui negozi. Vale a dire, sebbene l' impubere non potesse da se solo obbligarsi perfettamente verso il mandante, nondimeno la sua gestione aveva per le relazioni del mandante coi terzi quella medesima influenza come se avesse raggiunto gli anni della pubertà o anche della maggioranza (1).

B. Trattandosi di affari stragiudiciali mancava ad alcune persone la capacità di esercitarli per altri, e queste erano :

a. Le donne, ammenochè non ne avessero assunta la trattazione pei loro genitori infermi, privi di altro aiuto, o in proprio vantaggio e quindi *in rem suam* (2).

b. I minori di 17 anni a motivo della loro giovinezza (3).

c. I soldati in servizio ammenochè non si producessero come *procuratores in rem suam* o negli affari comuni del loro corpo (4).

d. Gli ecclesiastici : ma anche essi potevano assumere una procura in più casi, cioè *in rem suam*, per la chiesa a cui

---

(1) L. 1 § 4 D. de exerc. act. 14. 1; L. 7. § 2. L. 8 D. de inst. act. 15. 3.

(2) L. 41 D. de procur 3, 3; L. 4 C. eod. 2. 13.

(3) § 5. I. qui et quib. ex causa manum. 1. 6.

(4) L. 8 § 2 D. de procur. 3. 3; L. 7. 9. 13 C. eod. 2 13.

erano adetti, pei consanguinei e per le persone bisognevoli di assistenza (5).

e. Era anche proibito di affidare la trattazione di un processo a un più potente (6).

f. Da ultimo per diritto antegiustinianeo una persona infame non poteva nè fare nè accettare una procura giudiziaria; e se avveniva l'una cosa o l'altra l'avversario aveva una eccezione. Questa però fu tolta espressamente da Giustiniano (7), e quindi dobbiamo dire che nel diritto giustinianeo l'infamia non è punto contemplata ove si tratti di una rappresentanza giudiziaria.

2. L'affare che forma obbietto del mandato vuol essere onesto: *rei turpis nullum mandatum est* (8); e oltrecciò deve avere un interesse sia pel mandante o per un terzo o pel mandatario stesso (9). Nondimeno qualora non si trattasse che dell'interesse del mandatario, il mandato, che è detto *mandatum tua gratia*, si avvicinerebbe piuttosto ad un consiglio. In questo caso adunque non ne nascerebbe alcuna obbligazione pel mandatario: ma per espressa disposizione di legge e' potrebbe diventare obbligatorio pel mandante, se il mandatario avesse eseguito l'affare solamente in forza del mandato, e ne avesse sofferto un danno; perchè il mandante sarebbe obbligato di risarcirlo (10). Del resto gli affari, ai quali può riferirsi il mandato, sono svariatissimi. Può darsi ch'ei sia diretto alla esecuzione di opere sì liberali che illiberali: ma più di frequente, anzichè delle opere, avrà per obbietto delle prestazioni, come di fare un pagamento, o ricevere una cosa, o amministrare un patrimonio e va dicendo. Può anche avere per obbietto uno o più affari determinati, e allora dicesi mandato speciale; o un complesso di operazioni, e si addimanda mandato generale; e persino tutti gli affari del mandante, nel qual caso il mandatario è chiamato *procurator omnium bonorum* (11).

(5) Nov. 123 c. 6.

(6) L. 1 C. ne liceat potentior. 2. 14.

(7) § ult. I. de exc. 4. 14.

(8) § 7. I. h. t.; L. 6 § 3. L. 22 § 6 D. h. t.

(9) L. 28 D. de neg. gest. 3. 5; L. 18 D. h. t.

(10) § 1-6 I. h. t.; L. 2. 6. § 5 D. h. t.

(11) L. 25 § 1. L. 26 D. de min. 4. 4; L. 1 § 1. L. 58 D. de procur. 3. 3; L. 9 § 4 D. de A. R. D. 41. 1.

3. Per diritto romano è assolutamente necessario che il mandato sia stato assunto gratuitamente. Esso, come dice Paolo, trae la sua origine *ex officio et amicitia* (12); e divenuto più tardi una istituzione giuridica, conservò nondimeno la sua pristina fisonomia. Una mercede qualunque, promessa al mandatario per eseguire l'incarico avuto, faceva degenerare il negozio in una locazione e conduzione di opere (13). Nondimeno se il mandante di spontanea volontà accordava una rimunerazione al mandatario, ciò non alterava punto il concetto del mandato: solo era necessario che non fosse pattuita (14).

4. Siccome il mandato è un contratto consensuale, così la sua conchiusione non esige altra cosa che il consenso (15), che può essere anche tacito (16). Qualunque però sia la forma di questo consenso, il mandato, come ogni altro contratto, suppone la seria intenzione di stabilire un rapporto di obbligazione; per cui un semplice consiglio non potrebbesi considerare come mandato. Un consiglio non ha per la natura stessa della cosa alcun carattere obbligatorio (17); e nondimeno può darsi che il consigliatore sia pel consiglio obbligato al risarcimento. Ciò si verificherà: quando il consiglio fosse dato con intenzione fraudolenta (18); o alcuno fosse chiesto di consiglio nella sua qualità di perito, e nel darlo non usasse la necessaria diligenza; o il consigliatore promettesse con ispeciale contratto di rispondere delle conseguenze del suo consiglio. Tutte queste però non sono che eccezioni: di regola un semplice consiglio non può produrre obbligazione di sorta, nè pel consigliatore nè pel consigliato.

II. Ora esamineremo gli obblighi che derivano dal mandato.

Fra tutti i contratti consensuali il mandato è il solo il quale non obblighi principalmente che una delle parti, cioè il mandatario. Quant'è al mandante, egli può trovarsi bensì in condizione di dover rispondere dei danni, ma potrebbe anche darsi ch'egli

---

(12) L. 1 § 4 D. h. t.
(13) § ult. I. h. t.; L. 1 § ult. D. h. t.
(14) L. 6 pr. D. h. t.
(15) L. 1 pr. § 1. 2. D. h. t.
(16) L. 6 § 2. L. 18 D. h. t.; L. 6 C. eod.
(17) L. 2 § 6. D. h. t.; § 6. I. h. t.
(18) L. 47 pr. D. de R. I.

non rispondesse di nulla. Perciò havvi un'*actio mandati directa*, la quale compete al mandante per l'adempimento della obbligazione del mandatario, e un'*actio mandati contraria* che spetta al mandatario per l'adempimento degli obblighi eventuali del mandante. L'una e l'altra erano infamanti.

1. Noi diciamo prima degli obblighi del mandatario.

a. Il principale è questo: che deve eseguire l'incarico giusta le istruzioni avute o giusta la natura della cosa (19). S'egli eccede i limiti del mandato, non obbliga il mandante: bensì obbliga sè verso lui per le conseguenze della sua arbitraria gestione (20). Del resto se lo scopo può essere conseguito in più modi e ugualmente bene, non corre obbligo al mandatario di attenersi scrupolosamente alle parole dell'incarico, ma gli è lecito battere anche altre vie diverse da quelle indicate dal mandante. Questi però poteva espressamente aver manifestata la sua intenzione di non voler conseguito lo scopo in altro modo (21), e allora questa sua dichiarazione era leggè pel mandatario. Ancora, egli poteva generalmente sostituire a sè altra persona che eseguisse l'incarico in sua vece (22): ma nondimeno rimaneva pur sempre responsabile personalmento verso il mandante, sicchè doveva risarcirgli ogni danno che gli fosse derivato dalla mala gestione del sostituto qualora non avesse usata la debita diligenza nella scelta, o non ne avesse sorvegliata la gestione com'era necessario (23).

b. Il mandatario deve anche rendere conto della sua gestione (24).

c. Deve restituire intatto sì quello che il mandante gli avesse affidato con tutte le accessioni, ammenochè l'alienazione e il consumo di ciò che ha ricevuto non facessero parte del suo incarico; e sì ogni altra cosa che avesse ricevuto per conto di

(19) § 11 pr. I. h. t. L. 5 § 1. L. 22 § 11 pr. D. h. t.
(20) L. 5. pr. § 1. 2 seg. D. h. t.; § 8 I. eod.
(21) L. 45 § 4 L. 46. 62 § 1 D. h. t.
(22) L. 8 § 3 D. h. t.
(23) L. 2 § 1 D. si mensor falsum mod. dix. 11. 6; arg. L. 21 § ult. D. de neg. gest. 3. 5.
(24) L. 46 § 4 D. de procur. 3. 3.

lui nella esecuzione del mandato (25). Fra le altre gli rimette le usure riscosse sui denari di lui, persino nel caso che li avesse dati a mutuo senza suo speciale incarico, o avesse stipulato degli interessi contro la sua volontà (26). Che se nell'esecuzione del mandato avesse acquistato dei crediti verso terze persone, doveva cedergliene le azioni (27).

d. Egli medesimo paga le usure dei denari che ha riscosso pel mandante se è in mora di restituirli, o li ha erogati senza sua autorizzazione a proprio vantaggio (28), o contro il suo incarico li ha lasciati oziosi (29).

e. Per ultimo risponde di ogni danno che per sua colpa ne fosse derivato al mandante. Precisamente è responsabile sempre anche della colpa lieve (30), persino nel caso che non ne ritirasse alcun vantaggio; e ciò forse per la illimitata fiducia che domina questo contratto.

2. Il mandante può incorrere in questi obblighi:

a. Di rimborsare le spese necessarie ed utili che il mandatario avesse fatto nell'esecuzione del mandato. Egli non può rifiutare questo rimborso neppur nel caso che da sè avesse potuto condurre a termine l'affare a miglior mercato (31). Tra le spese da risarcirsi vanno annoverati anche gli interessi che il mandatario avesse perduti e quelli del danaro che aveva dovuto prendere a prestito fruttifero (32). Se il mandante aveva prescritta una certa misura al mandatario, s'intende che questi non poteva oltrepassarla. Si disputava però se il mandante fosse liberato affatto dal risarcimento, od obbligato almeno fino all' importo della somma fissata. I Sabiniani eransi pronunciati per la totale liberazione: ma Giustiniano accettò a ragione l'opinione più mite (33).

b. Il mandante deve anche liberare il mandatario da tutti

(25) L. 46 § 4 D. de procur.; L. 10. § 2. L. 20 D. h. t.
(26) L. 10 § 3. 8 D. h. t.
(27) L. 43. 45 pr. § 5 D. h. t.
(28) L. 10 § 3. D. h. t.
(29) L. 12 § 10 D. h. t.; L. 13 § 1. D. de usur. 22. 1.
(30) L. 23 D. de R. I. 50. 17; L. 11. 13. 21 C. h. t.
(31) L. 27 § 4. L. 56 § ult. D. h. t.; L. 4 C. eod.
(32) L. 12 § 9. D. h. t.
(33) § 8. I. h. t.; L. 3 § 2. L. 4. L. 22 pr. L. 33 D. h. t.

gli obblighi nei quali può essere incorso verso terze persone (34).

c. Finalmente risponde a lui di ogni danno che gli avesse cagionato per sua colpa anche lieve (35).

III. Se il mandatario nell'esecuzione del mandato contrae una obbligazione con un terzo, qual'è veramente la relazione che passa tra i contraenti e questo terzo?

1. Certo è innanzi tutto che il mandatario obbliga passivamente se medesimo: ma nondimeno vuolsi notare una eccezione a questa regola; e v'avrà pure dei casi in cui il terzo potrà sperimentare un'azione sì contro il mandatario che contro il mandante.

a. Quella eccezione occorre nella procura per gestione d'un processo. Ho detto altrove come, introdotto il processo formulare, fosse ammessa la rappresentazione. Questa ci si offre sotto due forme diverse che finiscono poi col confondersi. In sul principio il rappresentante era costituito davanti al magistrato, in presenza dell'avversario e col mezzo di parole solenni: si chiamava *cognitor* (36). Senonchè l' obbligo imposto alla parte di essere presente alla costituzione del *cognitor* rendeva l'uso di questo mandato impossibile proprio nei casi in cui era più necessario, p. e. in quello d'assenza; e non ci sorprende che si avvisasse a una forma più libera, qual era la rappresentazione per semplice mandato, detta *procuratio*, la quale non esigeva alcuna formalità (37). Queste due forme continuarono a lungo, l' una accanto dell' altra, ed erano variamente efficaci.

Il *cognitor* non appariva in tutta la procedura che come un semplice rappresentante, salvo che la *condemnatio* della formula doveva essere concepita in suo nome. Cotesta formalità era assolutamente indispensabile, chè altrimenti egli non avrebbe avuto qualità di stare *in judicio*. Invece le cauzioni, che potevano occorrere nel processo, dovevano somministrarsi dal principale, *dominus*; e l' *actio judicati* apparteneva al *dominus* se aveva trionfato, come per converso veniva sperimentata contro lui se aveva dovuto soccombere. Insomma il *cognitor* era *domini loco*:

(34) L. 45 pr. § 1-5 D. h. t.
(35) L. 26 § 6. 7 D. h. t
(36) Gai 4, 83.
(37) Gai. 4, 84.

ovverosia, in forza della dichiarazione fatta davanti al magistrato, egli diventava per così dire una sola persona col *dominus* (38).

La semplice *procuratio*, non produceva effetti così diretti e assoluti. Il procuratore non era *domini loco* ma vero *dominus litis* (39); e già avvertimmo in altra occasione, che non solo la *condemnatio* era concepita in nome del procuratore (40), ma anche spettava a lui di fornire le cauzioni necessarie, e a lui l'*actio judicati* quando era attore, nella stessa guisa che questa azione poteva essere intentata contro lui nel caso contrario (41). Si aggiunge che quando il procuratore si presentava come attore, l'avversario, che l'accettava, poteva esigere una *cautio ratam rem dominum habiturum*, per mettersi al coperto da un nuovo processo che il *dominus* avrebbe potuto suscitargli contro per la medesima cosa (42); e quando si presentava in qualità di reo, l'avversario poteva esigere la *cautio judicatum solvi*, per assecurarsi l'esecuzione del futuro giudizio (43).

Tutto ciò doveva necessariamente diminuire di molto i vantaggi che risultavano dalla forma più libera della procura; e non farà meraviglia che si cercasse di conservare questi ultimi pur applicandovi, quanto era possibile, le conseguenze più dirette dell'antico sistema. Il *procurator praesentis*, cioè colui che il *dominus* costituiva personalmente davanti al tribunale, finì coll'essere completamente assimilato al *cognitor*; e più tardi il pareggiamento fu esteso anche a colui che era apportatore di una procura non sospetta. Insomma in tutti i casi di vero mandato sparirono le cauzioni particolari, e l'azione della cosa giudicata fu data direttamente al vero *dominus*, tanto in suo favore che contro lui (44). Dal momento che la forma libera aveva acquistata la medesima efficacia della forma antica, era

(38) Gai. 4, 97.

(39) L. 4. D. de appell. 49. 1; L. 22. 23 C. de procur. 2. 13.

(40) Gaj 4, 86.

(41) Vatic. fragm. 317. 332.

(42) Gai. 4,97-98; pr. I. de satisd. 4. 11; L. 40 § 2 D. de procur. 3. 3; L. 6. D. rat. rem hab. 46. 8.

(43) Gai. 4, 101; Vat. fragm. 317; pr. I. de satisd. 4. 11; Tit. D. judic. solvi 46. 7.

(44) Vatic. fragm. 317; L. 21 D. ratam rem hab. 46. 8; L. 65 D. de procur. 3. 3.

naturale che quest' ultima scomparisse affatto. Così i *cognitores* furono rimpiazzati da per tutto dai *procuratores* (45).

b. Il bisogno però che aveva suggerita questa eccezione, ne suggerì anche delle altre; ed è inutile il dire che questo sviluppo successivo è dovuto al pretore. Precisamente egli accordò una azione anche contro il mandante in due casi, cioè qualora il mandatario era un *magister navis* od un *institor*. Noi li considereremo particolarmente.

Se l'armatore di una nave, *exercitor* (46), ne affidava la cura ad un fattore, *magister navis* (47), e questi entro i limiti del suo incarico, contraeva una obbligazione (48), il terzo, diventato creditore del maestro della nave, poteva, grazie al diritto pretorio, sperimentare contro il mandante quella medesima azione che aveva contro il mandatario (49). Se il faceva, l'azione assumeva il nome di *actio exercitoria* (50), per cui apparteneva alle azioni *adiecticiae qualitatis*, e poteva essere un'*actio venditi exercitoria* un'*actio locati exercitoria*, un'*actio mutui exercitoria* e va dicendo. Poteva poi sperimentarsi anche da colui il quale aveva conchiuso l'obbligazione col sostituto del fattore, persino nel caso che l'*exercitor navis* avesse espressamente vietata la nomina di un sostituto (51). Trattandosi di un mutuo di denaro, non era ammessa l'azione contro l'*exercitor* se non qualora il mutuo fosse stato contratto espressamente ed unicamente per sopperire a delle spese che entravano nella gestione del maestro della nave, e il mutuante si fosse, per quanto era possibile, accertato del bisogno indicato dal fattore e della possibilità dell'impiego (52). Se v'aveano più armatori, e' rispondevano in solido degli atti del fattore costituito in comune (53). Se v'aveano più fattori, conveniva por mente al tenore della loro istruzione (54).

(45) Maynz, trattato delle obblig. 64 seg.
(46) § 2. I. quod cum eo qui in al. pot. 4. 7; L. 1 § 15. D. de exerc. act. 14. 1.
(47) L. 1. § 1. 3 D. de exerc. act.
(48) L. 7. 12. D. eod.; § 2 I. quod cum eo 4. 7.
(49) L. 1 § 17 D. de exerc. act.
(50) § 2 I. quod cum eo.
(51) L. 1 § 5 D. de exerc. act.
(52) L. 1 § 8. 9. L. 7 pr. § 1 D. eod.
(53) L. 1 § ult. L. 2. 3. 4 § 1 D. eod.
(54) L. 1 § 13. 14 D. eod.

Il secondo caso per cui il pretore ammise una eccezione cade pure nella cerchia dei negozi mercantili. Se un mercadante aveva preposto un agente o fattore, *institor* (55), alla gestione di uno stabilimento industriale o commerciale, e questi entro i limiti del suo mandato avesse contratta una obbligazione di debito (56), il terzo poteva sperimentare contro il mandante la medesima azione che aveva contro l' institore (57) coll' appellativo d' institoria (58). In generale le regole di cotesta azione sono perfettamente identiche a quelle dell' *actio exercitoria*, salvo che non è lecito all' institore di nominare un sostituto senza il consenso del principale, non dovendo riescirgli difficile, come riescirebbe certamente a un maestro di nave, di prendere nuove istruzioni (59).

c. L'*actio exercitoria* e l'*actio institoria* furono originariamente le due sole azioni, che il terzo potè in base all'editto sperimentare contro il mandante. La giurisprudenza però finì coll'accordare in modo analogo l' *actio quasi institoria* al terzo in tutti gli altri casi del mandato (60).

2. Finora peraltro non abbiamo sciolta che una questione: se cioè il terzo abbia un' azione contro il mandante; ne resta un' altra: se anche il mandante possa in alcuni casi avere un' azione contro il terzo.

Certamente spetta al mandante un' azione contro il terzo che si fosse obbligato al mandatario, dal momento che questi gli ha ceduta la sua obbligazione (61). Di regola però egli non può avere dei diritti da sè e sperimentare un' azione contro il terzo senza una vera cessione; e solo eccezionalmente gli è accordata una *utilis actio* in alcuni casi dietro cognizione di causa. Ciò accade col *procurator militis* quando ne abbia dato a mutuo

(55) § 2 I. quod cum eo; L. 3. 5 pr. § 1-10 L. 18 D. de inst. act. 14. 3.

(56) L. 5 § 11-16; L. 11 § 5 D. eod.; § 2 I. quod cum eo.

(57) L. 1 pr. L. 7 § 1 D. eod.; L. 7 § 11 D. de S. C. Mac. 14. 6.

(58) § 2 I. quod cum eo.

(59) L. 1 § 5 D. de exerc. act.

(60) L. 31 pr. D. de neg. gest. 3. 5; L. 19 pr. D. de inst. act. 14. 3; L. 10 § 5 D. mand. 17. 1; L. 5 C. de inst. et exerc. act. 4. 25.

(61) L. 49 § 2. D. de acqu. vel am. poss. 41. 2; L. 72 D. de proc. 3. 3.

il denaro con fideiussione (62); accade col *procurator praesentis*, osservando la legge: *si procuratori praesentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit* (63); accade ogniqualvolta il procuratore avesse conchiuso delle stipulazioni davanti al magistrato (64); e finalmente in modo anche più generale, qualora il mandante ne avesse altrimenti a patir danno (65).

Come veggiamo, si ripete anche qui quel fenomeno che si riscontra in quasi tutte le materie del gius romano. I Romani non arrivano a una regola generale che in forza di successive applicazioni fatte a delle specie particolari. Ciò poi che la necessità aveva fatto introdurre in favore dei terzi, l' equità finì coll'estenderlo in favore del mandante.

IV. Il mandato dura generalmente finchè la commissione sia adempita. Nondimeno vi sono due avvenimenti per cui può estinguersi prima, la morte e un mutamento della volontà.

1. Il mandato si estingue per la morte del mandante o del mandatario; e ciò parrà naturale ove si consideri che viene conchiuso da ambi i lati con ispecialissimo riguardo alla personalità dell'altro contraente (66).

Se dunque muore il mandante, il mandatario non ha nè il diritto, nè l'obbligo di eseguire la commissione (67). Nondimeno sono eccettuati alcuni casi. Il mandato conserva la sua efficacia se la commissione è diretta appunto ad una cosa che non può avvenire che dopo la morte del mandante (68), o il mandatario è *institor* (69); e ancora, il mandatario può sperimentare si dopo come prima l' *actio mandati contraria*, se ha continuato

(62) L. 26 D. de R. C. 12. 1; cf. L. 8 C. de R. V. 3. 32.

(63) L. 79 D. de V. O. 45. 1.

(64) L. 5 D. de stipul. praet. 46. 5; cf. L. 27 § 1. 28 D. de procur. 3. 3; L. 1 § 16. D. de mag. conv. 27. 8; L. 18 § ult. D. de damno inf. 39. 2; L. 4 pr. D. rem pupilli salv. fore 46. 6.

(65) L. 1 § 18 in f. D. de exerc. act. 14. 1; L. 1 in f. combin. colla L. 2 D. de inst. act. 14. 3; L. 13 § 25 D. de act. emti vend. 19. 1; L. 5 in f. D. de stip. praet. 46. 5.

(66) § 10 pr. J. h. t.

(67) L. 26 pr. D. h. t.; L. 15 C. eod.

(68) L. 12 § ult. L. 13. 27 § 1 D. h. t.

(69) L. 5. § 17. L. 11 pr. L. 17 § 2. 3. D. de inst. act. 14. 3.

l'affare, ignorando che il mandante era morto (70). Con ciò si collega questo, che il debitore, il quale per commissione avutane dal creditore, ma dopo la morte di lui, ignorandola, presta il pagamento ad un terzo, rimane nondimeno liberato dal suo debito (71).

Il mandato però si estingue anche per la morte del mandatario. Gli eredi di lui non hanno nè il diritto, nè il dovere giuridico di eseguire la commissione lasciata incompiuta dal loro autore, e quello facessero per compierla, anche ignorando la morte del loro autore, non obbligherebbe il mandante (72).

2. Un altro motivo per cui il mandato si estingue è il mutamento della volontà, e precisamente tanto per revoca del mandante quanto per rinunzia del mandatario.

Il mandante può di regola revocare il mandato a piacimento (73); ma l'equità esige che questa sua rivocazione non abbia effetto che dal momento in cui il mandatario ne ha cognizione: tutto ch' egli ha fatto fino a quell'istante è valido (74). Eccezionalmente una procura per gestione di processo non poteva in diritto romano essere revocata dopo contestata la lite se non *causa cognita* (75).

Dall'altro canto era lecito anche al mandatario di rinunciare al mandato, finchè la cosa era ancora intatta, vale a dire finchè il mandante poteva colla stessa facilità di prima curare il negozio da sè o col mezzo d'altra persona. Fuori di questo caso la rinuncia sarebbe stata intempestiva, e non avrebbe liberato il mandatario dall'obbligo assunto, se non *ex justa causa*, qualora fossero militate a favore di lui delle giuste ragioni per rinunciarvi, come a cagion d'esempio una grave malattia. Ad ogni modo ei deve darne avviso al mandante, e solo la impossibilità lo esonera da questo obbligo (76).

(70) § 10 I. h. t.; L. 26 pr. L. 58 pr. D. h. t.; L. 19. § 3 D. de don. 39. 5.

(71) L. 26 § 1 D. h. t.

(72) L. 27 § 3. L. 57 D. h. t.

(73) § 9 I. h. t.; L. 12 § 16 D. h. t.

(74) L. 15 D. h. t. confr. colla L. 12 § 2. L. 34. § 3. L. 51 D. de solut. 46. 3.

(75) L. 17-27 pr. D. de proc. 3. 3.

(76) § 11 I. h. t.; L. 22 § ult. fino alla L. 25. L. 27 § 2 D. h. t.

4. La locazione e conduzione.

Tit. I. de locatione et conductione (3. 24); D. Locati conducti (19. 2); C. de locato et conducto (4. 65).

Donelli, comment. XII. c. 6-9. **Brummeri**, exercitatio de locatione et conductione 1664. **Glück**, XVII p. 263 seg. **Hermann**, der Miethvertrag hauptsächlich in Bezug auf Wohnungen Dresden 1840. **Bellavite**, Appunti p. 35.

A. *Nozione e condizioni generali.*

La locazione e conduzione è un contratto consensuale sinallagmatico col quale dall' una parte si promette di procacciare all'altra l'uso e il godimento di una cosa, ovvero la prestazione di un servizio o di un' opera, in correspettività di un prezzo, che l' altra parte si obbliga di pagare, e che si dice *merces* o *pensio*. Come veggiamo la locazione presenta una grande analogia colla compera; e nondimeno ci sono parecchi punti per cui un contratto vuol essere esattamente distinto dall' altro. Esaminiamone in breve le analogie e le differenze.

La locazione è talmente analoga alla compera che si potrebbe anche definire la compera dell' uso determinato di una cosa o di un servizio; e veramente la più parte delle regole generali sono comuni ad ambidue i contratti (1). Infatti la cosa, il prezzo, il consenso che sono i requisiti della compra-vendita lo sono pure della locazione e conduzione. Ma voltiamo faccia. Mentre la compera risguarda l' obbietto nella sua totalità, la locazione non lo risguarda che nell' uso e nel godimento; per cui se ivi campeggia l'assoluto e il definitivo, qui tutto è relativo e passeggiero, misurato secondo il tempo e limitato dal tempo. Per ciò stesso, l' uomo libero che non può essere obbietto di compera, può essere invece obbietto di locazione, mentre gli schiavi potevano venir venduti e locati. Così la locazione si presenta sotto un duplice aspetto, a seconda che l' obbietto della medesima è meramente passivo o è ad un tempo passivo ed attivo. Di qui appunto la distinzione principale che si fa della locazione in *locatio rei* e in *locatio operarum*, di cui parleremo quanto prima partitamente.

(1) Gai. 3. 142; pr. I. de loc. et cond. 3. 24; L. 2 pr. L. 28 § 2. L. 51 § 1 D. loc. cond. 19. 2.

Quant' è alle condizioni:

1. La prima è l'uso e godimento di una cosa, che può essere sì corporale che incorporale, o un fatto, un servizio, un'opera che una parte si obbliga di prestare all'altra.

2. Il prezzo, che vien dato in correspettività dell'uso della cosa ovvero della prestazione dell'opera, che a seconda dei casi è detto *pensio* o *merces*, e che non altrimenti che nella compera deve generalmente consistere in denaro (2), ed esser vero (3) e certo (4). Se il prezzo non fosse stato fissato nel contratto, ma lasciato per es. a una posteriore determinazione, il negozio si convertirebbe in un contratto reale; ma è pur sempre compatibile coll' idea della locazione di abbandonare la fissazione dell' importo a una terza persona determinata (5).

3. Finalmente dacchè vi è il consenso sul prezzo e sulla cosa, il contratto è perfetto, senza bisogno di altre formalità (6). Qualora le parti non fossero concordi sulla quantità del prezzo, converrebbe esaminare la qualità del disaccordo. Precisamente non esisterebbe il consenso e quindi non esisterebbe contratto se il locatore avesse inteso di esigere più di quanto il conduttore ha inteso di pagare: ma nel caso inverso vi sarebbe il consenso per la somma meno elevata, perocchè nel più sia compreso il meno (7).

Il contratto poi è un contratto essenzialmente sinallagmatico, dal quale dunque discendono direttamente delle obbligazioni per ambedue le parti contraenti, e quindi ciascuna di esse avrà un'azione diretta per far valere i suoi diritti, cioè il locatore l'*actio locati* e il conduttore l'*actio conducti*.

Premesse queste generali osservazioni, passiamo a considerare partitamente la locazione in ambedue le sue forme.

---

(2) L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5.

(3) L. 5. 46. 20 § 1 D. h. t.

(4) Theoph. ad pr. § 2 I. h. t.; L. 25 § 6. L 51 pr. § 1. 58 D. h. t.; L. 26 § 1 D. de furt. 47. 2; L. 1 § 9 D. depos. 16. 3; L. 1 § 4 D. mand. 17. 1.

(5) § 1 I. h. t.; L. 25 pr. D. h. t.; L. fl. extr. C. de C. E. 4. 38.

(6) Tit. I. de oblig. quae cons. contr. 3. 22; pr. I. h. t.; L. 1. D. eod.; L. 24 C. eod.

(7) L. 52 D. h. t.

B. *La locazione e conduzione di cose.*

Gesterding, Nachforsch. IV. I. p. 141 seg. **Schweppe,** üb. d. Grund u. Umfang der dem Conductor gebührenden Remission des Pachtgeldes wegen misslungener Nutzung (Iur. Mag. n. 4). II medes. üb. d. Verhältn. des Locator u. Conductor in Rücksicht der von diesem erlittenen Kriegschäden (Ibid. n. 5) **W. Sell,** üb. d. remissio mercedis bei dem Pachtvertrage wegen zufälliger Verhinderung des Fruchtbezugs (Arch. f. civ. Prax. XX. 8) **Jacobi,** üb. Remission des Pachtzinses Weimar 1856. **Thon,** üb. die Bedeutung u. den Umfang der c. 25 C. de locato et conducto (Giess. Zeitschr. I. 24). **Marezoll,** invasor alienae possessionis (Mag. f. R. W. u. Gesetzgeb. di Grolman IV. 19. 16). **Vangerow** § 641. — **Herrestorff,** versuchte Erklärung der L. 13 § 11 et L. 14 D. locati conducti (Arch. f. civ. Prax. III. 3). **Schrader,** die stillschweigende Verlängerung der Pacht eines bäuerischen Grundstücks (Abh. n. 2). **Buchholtz,** üb. die Aufhebung der Miethe wegen nöthiger Reparaturen u. unvorhergesehener Bedürfnisse des Vermiethers (Abh. n. 24). **Gesterding,** üb. den Grundsatz Kauf bricht Miethe (Ausbeute III. 3). **Dernburg,** Abhandl. n. 1. **Träger,** üb. die Rechtsparömie Kauf bricht Miethe (Giess. Zeitschr. N. S. XVIII. p. 53 seg). **Vangerow** § 643. 644.

I. Ciò che caratterizza la locazione e conduzione di cose è questo, che una parte promette all' altra l' uso e il godimento di una cosa durante un tempo determinato in correspettività di un prezzo che l'altra parte si obbliga di pagare. Chi promette l'uso e il godimento della cosa dicesi locatore; chi promette di pagare il prezzo, conduttore, e più specialmente: colono se si tratta di beni rustici, inquilino se di beni urbani, publicano se di rendite dello Stato. Il prezzo porta il nome di *merces, locarium* o *pensio*.

1. Intorno ai subietti incontriamo quegli stessi principii che valgono per le obbligazioni in generale. Vi sono peraltro alcune parziali limitazioni introdotte dal nuovo diritto imperiale, che meritano una speciale osservazione. I curiali erano esclusi per legge dalla conduzione di cose altrui (1); i soldati non potevano prendere in conduzione nè terre nè case, in generale un'immobile (2); i palatini *in officio rei privatae*, ovverosia quegli ufficiali subalterni che provvedevano all'amministrazione del patrimonio privato del principe, non erano ammessi alla conduzione di terre fiscali (3); per simile, gli ecclesiastici non potevano farsi conduttori nè di rendite dello Stato, nè di terre, ad eccezione di quelle che apparte-

(1) L. 30 C. h. t.
(2) L. 31. 35 C. h. t.
(3) L. un. C. quib. ad conduct. 11. 72.

nevano alla loro chiesa (4); finalmente non era lecito ai tutori di assumere conduzioni fiscali o *de patrimonio Caesaris* se prima non avevano reso i conti: quando pure il facessero, tacendo questa circostanza, incorrevano nella pena del falso (5).

2. Intorno alla cosa avvertiamo in generale, che tutto ciò che non può essere obbietto di compera non può essere neppure obbietto di locazione; e quindi non sono conducibili nè le cose estracommercio, nè quelle che si trovano in proprietà del conduttore (6), ammenochè per cause legali il proprietario fosse privato dell'uso della cosa (7). D'altronde non si può dire che tutto ciò che può essere obbietto di compera possa anche essere obbietto di locazione: una cosa consumabile non potrà mai venir locata, perchè il conduttore non acquista il dominio delle cose locate, talchè gli sia lecito consumarle, ma ne ha solamente l'uso e il godimento per un tempo determinato, scorso il quale deve restituirle in ispecie (8). Del resto obbietto di questa maniera di locazione possono essere sì le cose mobili che le immobili, sì le cose corporali che le incorporali, e in ispecialità: le gabelle, il diritto di usofrutto, quello di enfiteusi ecc. ma non anche un diritto di servitù prediale separato dal fondo a cui appartiene (9). Ancora, è lecito locare, oltre le cose proprie, anche le cose altrui (10), onde veggiamo tra le altre che il conduttore può, almeno di regola, sublocare la cosa locata, di che parleremo particolarmente più sotto.

3. Quant'è alla *merces* data in correspettività dell'uso e godimento della cosa, vale bensì la regola che debba consistere in denaro: ma questa regola non è senza eccezioni. Infatti trattandosi della locazione e conduzione di beni rustici occorre la singolarità che

---

(4) Nov. 123 c. 6.

(5) L. 49 D. h. t.; L. 1 § 9 D. de lege Corn. de fals. 48. 10; L. un. C. ne tutor vel curat. vectig. conducat 5. 41.

(6) L. 15 D. depos. 16. 3; L. 45 D. de R. I. 50. 17; L. 20. 23 C. h. t.

(7) L. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4; L. 35. § 1. L. 37. D. de pign. act. 13. 7; L. 35 § 1 D. h. t.; L. 28. 37 D. de acquir. poss. 41. 2.

(8) Arg. L. 3. § 6 D. comm. 13. 6.

(9) Vatic. fragm. 41; § 1 I. de usu et habit. 2. 5; L. 38. D. de usufr. 7. 1; L. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. 7. 4; L. 66. D. de jure dot. 23. 3; L. 10. 13 C. de usufr. 3. 33; L. 44 D. h. t.

(10) L. 9 § 6. L. 10. 35 pr. in f. D. h. t; L. 55. D. de cond. indeb. 12. 6.

può consistere in una quantità di frutti stabilita sia in modo assoluto (11), sia in una quota parte del raccolto. In quest'ultimo caso il conduttore si chiama colono parziario: ma a nessuno sfuggirà, come non isfuggì ai Romani, la somiglianza che passa fra un simile contratto di locazione e conduzione e un contratto di società (12). Che se il diritto romano prescelse di considerarlo come locazione e conduzione, ciò fu nell'interesse dell'agricoltura, per sottrarlo ai frequenti casi di soluzione a cui sarebbe andato soggetto come società.

II. Sono ora da vedere separatamente gli obblighi del locatore e del conduttore.

1. L'obbligo principale del locatore nella locazione e conduzione di cose si è: *ut re conducta uti (frui) conductori liceat* (13). Tutti gli altri obblighi discendono più o meno da questo. Conseguentemente egli deve:

a. Consegnare la cosa non già in possesso, ma in detenzione al conduttore (14).

b. Deve anche consegnarla in tale stato che possa servire all'uso promesso, *ad usum habilem*, e quindi con tutte le pertinenze che si riferiscono essenzialmente all'uso medesimo (15), e senza vizi. Avverto però che questa sua responsabilità circa ai vizi è diversa a seconda della natura dei medesimi. Se i vizi son tali, che avrebbe potuto facilmente conoscerli e ripararli, egli risponde sempre di tutto il danno, sia che li abbia o no conosciuti. Se invece sono d'altra specie, convien badare se ne abbia avuto conoscenza o meno; perchè nel primo caso risponde dell'*id quod interest*, nel secondo può essere condannato soltanto a subire una riduzione proporzionata nella quantità del canone (16).

c. Deve garantire al conduttore tanto la detenzione, quanto altresì l'abilità della cosa all'uso e godimento promesso, durante

(11) Cato de re rust. c. 136. 137; L. 19 § 3 D. h. t.; L. 8. 18. 21 C. h. t.

(12) L. 25 § 6. D. h. t.

(13) L. 15 pr. § 1; cf. L. 9. pr. L. 33 D. h. t.

(14) L. 25 § 1 D. de poss. 41. 2; L. 6 § 2. D. de precario 43. 26.

(15) L. 19 § 2. D. h. t. 19. 2.

(16) L. 19 § 1 L. 30. 33. 34. 35 D. h. t.; L. 13 § 6 D. de damno inf. 39. 2; L. 1 § 4 in f. D. de A. E. V. 19. 1; L. 28 C. h. t.

tutto il tempo del contratto (17). Per ciò mentre da un canto ha l'obbligo di astenersi da tutti i mutamenti arbitrari della cosa che potessero turbare quest'uso (18), deve dall' altro fare alla medesima tutte le riparazioni necessarie (19), e all' uopo rifondere al conduttore tutte le spese necessarie ed utili (20), ma non anche le voluttuose, le quali non danno a chi le ha fatte se non il diritto di levarle (21).

Per ciò stesso se l'uso o il godimento della cosa diventasse impossibile, egli dovrebbe risponderne, ma questa sua responsabilità varia a seconda dei casi.

Precisamente trattandosi di una impossibilità assoluta, egli risponde sempre tanto della colpa quanto del caso fortuito; ma con questa differenza: che derivando la impossibilità da una sua colpa, ha l'obbligo di risarcire l'*omne id quod interest;* mentre se deriva da un caso fortuito, che distrugga o renda assolutamente inetta la cosa all'uso e al godimento per cui fu affittata, egli ha diritto solamente a una parte del canone in proporzione del tempo che il conduttore ha potuto usare e godere della cosa locatagli (22). Trattandosi di un impedimento relativo, per es. della evizione, egli ne risponde sempre, senza punto badare a dolo e a colpa (23); pur tuttavolta gli è lecito offrire al conduttore un' altra cosa, che possa servirgli in egual modo, e prestare così il risarcimento in natura (24).

Per gli stessi principii, venendo affittato un fondo fruttifero, se il colono non ne percepisce per straordinari avvenimenti tutti quei frutti che a ragione poteva aspettarne, il locatore che, come dicemmo, ha l'obbligo di garantirgli l'abilità della cosa all'uso e godimento promesso, deve acconciarsi ad una propor-

(17) L. 25 § 1. 2. L. 60 pr. D. h. t.
(18) L. 19 § 5. L. 30 pr. D. h. t.
(19) L. 15 § 1. L. 19 § 2 L. 25 § 2 in f. D. h. t.; L. 13. § 6 D. de damno inf. 39. 2.
(20) L. 55 § 1 L. 61 pr. D. h. t.
(21) L. 19 § 4 D. h. t.
(22) L. 9 § 1. 4. L. 15. § 7. 8. L. 19 § 6; L. 30. pr. § 1. L. 33. 34. 35. 60 pr. D. h. t.; L. 28 C. eod.
(23) L. 7. 8. 15 § 8 D. h. t.
(24) L. 9 pr. L. 60 pr. D. h. t.

zionata riduzione del canone (25). La quale però presuppone più cose, e anzitutto degli infortuni straordinari, *extra consuetudinem* (26), che il colono non poteva assolutamente evitare, *vis cui resisti non potest* (27), *vis maior* (28), come sarebbero la gragnuola, le innondazioni, la guerra ecc. Ancora, è necessario che questi straordinari avvenimenti abbiano impedita la percezione dei frutti; perchè dal momento che il colono li ha percepiti e colla percezione ne ha acquistata la proprietà, il locatore ha fatto tutto ciò che era suo debito, e trova applicazione il principio che *damnum sentit dominus* (29). Il danno poi vuol essere considerevole (30). Che se la locazione fosse stata conchiusa per più anni consecutivi, la sterilità dell'uno và compensata colla ubertà dell'altro (31).

d. Tutti i tributi e gli altri carichi ordinari e straordinari, onde la cosa è aggravata, in specialità anche gli allogi militari, in quanto sieno carichi reali, incombono al locatore (32).

e. Finalmente è lecito al conduttore di subaffitare la cosa da lui condotta sia interamente o in parte, purchè per espressa convenzione non abbia rinunciato a questo suo diritto (33); nè il locatore potrebbe opporvisi salvo per un motivo plausibile (34), il quale esisterebbe per es. se la sullocazione della cosa fosse fatta per un uso diverso da quello per cui venne locata. Ad ogni modo il rapporto obbligatorio del primo locatore col conduttore non patisce alterazione, chè *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest:* il primo locatore non si attiene che al conduttore e non risponde che a questo; mentre il nuovo vincolo obbli-

(25) L. 15 § 2-7. L. 25 § 6 D. h. t; L. 8 C. h. t.
(26) L. 15 § 2. D. h. t.
(27) L. 15 § 2. D. h. t.
(28) L. 25 § 6. D. h. t.
(29) L. 78 D. de rei vindic. 6. 1; L. 1. C. h. t.
(30) L. 25 § 6 D. h. t.
(31) L. 15 § 4 D. h. t.; L. 8 C. h. t.
(32) L. 32. § 6 D. de adm. tut. 26. 7; L. un. § 3. D. de via publ. 43. 10; L. 7 pr. D. de public. 39. 4; L. 3 § 13. 14. D. de muner. 50. 4; L. 11 D. de vacat. muner. 50. 5; L. 3 C. de mun. patr. 10. 41; L. 2 C. de metat. 12. 41.
(33) L. 60 pr. D. h. t; L. 6 C. eod.
(34) L. 7. 8. D. h. t.; L. 6 C. eod.

gatorio non lega che il succonduttore e il suo locatore. Tale è almeno la regola: pur tuttavia la legge autorizza il succonduttore a pagare direttamente il canone al primo locatore, che non può ricusarlo; e trattandosi di un *praedium urbanum*, il diritto di pegno, che come vedremo ben tosto, compete tacitamente al locatore sugli *invecta et illata*, si estende per legge anche a tutto ciò che il succonduttore introduce o porta nel fondo urbano sullocatogli (35).

2. Gli obblighi del conduttore sono i seguenti:

a. Di pagare esattamente il canone, insieme agli interessi in caso di mora (36); il qual'obbligo gl'incombe quand'anche non avesse usato della cosa, e persino se gli fosse stato impossibile di usarne per motivi dipendenti dalla sua persona. Del resto già dissi, che il canone non è dovuto che a condizione e in proporzione del godimento della cosa, e accennai ai casi in cui subisce remissione e riduzione perchè quest'uso o godimento della cosa è mancato al conduttore. Fuori di questi casi il conduttore non è liberato dal pagamento del prezzo se non nell'ipotesi che il locatore non ne avesse patito danno, qualora la cosa fosse stata locata a una terza persona (37). Circa al tempo in cui il canone vuol essere pagato, è da badare prima di tutto alla convenzione o alla consuetudine locale. Generalmente, e in difetto di convenzione o consuetudine locale, va pagato dopo il godimento della cosa (38); di maniera che se questa non fosse stata per anche consegnata e il conduttore ne domandasse la consegna, il locatore non potrebbe mai opporgli l'*exceptio non adimpleti contractus*.

b. Il conduttore deve servirsi della cosa locatagli nel modo convenuto o in modo conveniente, non altrimenti di un buon padre di famiglia, e in ispecie aver cura che non abbia a patirne danno (39). L'uso illecito fatto con intenzione frodolenta poteva avere il carattere di furto, *furtum usus* (40).

(35) L. 11 pr. L. 48 pr. D. h. t.; L. 11 § 5 D. de pign. act. 13. 7.
(36) L. 54 pr. D. h. t.; L. 17 § 4 D. de usur. 22. 1; L. 17 C. h. t.
(37) L. 19 § 9. 10 D. h. t.
(38) Arg. L. 24 § 2. L. 55 § 2 D. h. t.
(39) § 5 pr. I. h. t; L. 11 § 1. 2. 4. L. 25 § 3 D. h. t.
(40) L. 11 § 1. 4. L. 13 § 3 D. h. t. confr. colla L. 48 § 4 D. de furtis.

c. Spirato il termine del contratto, il conduttore deve restituire la cosa al locatore in ispecie con tutte le sue pertinenze nello stato medesimo in cui l'ha ricevuta, salvo ciò che fosse perito o guasto per vetustà o forza maggiore. Anzi non poteva rifiutarvisi neppure allegando la proprietà sulla medesima (41) acquistata dopo la conchiusione del contratto. S'egli potendo restituire la cosa, ne rifiutava la restituzione, e lasciava progredire la lite fino alla sentenza, una costituzione dello imperatore Zenone lo voleva trattato come *invasor alienae possessionis*, per cui oltre al restituire la cosa, aveva anche l'obbligo di pagarne il valore (42). Se la restituzione non era più possibile, o non poteva farsi nel debito modo, il conduttore rispondeva pur sempre dei guasti o deterioramenti a lui imputabili; al qual uopo occorre avvertire ch'egli era responsabile di qualunque colpa anche leggera (43), ma non così del caso, ammenochè l'avvenimento fortuito non fosse stato occasionato da un suo dolo o da una sua colpa, *casus dolo vel culpa determinatus*, come per es. s'egli avesse usato della cosa locatagli in modo inconveniente o diverso dal convenuto (44).

d. La legge accordava eziandio un'ipoteca al locatore, e precisamente al locatore di un fondo rustico sui frutti di esso, al locatore di un fondo urbano su tutto ciò che il conduttore vi avesse introdotto o portato per usarne secondo il fine della locazione, *invecta et illata*, i quali diritti si stabilivano tacitamente da sè senza bisogno che le parti ne convenissero (45). Essi erano già in uso e con piena efficacia legale al tempo di Catone, che ne parla nel suo trattato *de re rustica* (46), e aveano lo scopo di stabilire l'uguaglianza dei due contraenti. Infatti, nel contratto di locazione e conduzione degli immobili la condizione delle due

---

(41) L. 25 C. h. t.

(42) L. 10 C. unde vi 8. 4; cf. L. 34 C. h. t.

(43) § 5. I h. t; L. 9 § 4 D. h. tit.; L. 28 C. eod; L. 5 § ult. D. commod. 13. 6; L. 23 D. de R. I. 50. 17.

(44) L. 11 § 1. 4. L. 12. 13. D. h. t.

(45) L. 4 pr. D. de pact. 2. 14; L. 11 § 5. D. de pign. act 13. 7; L. 22 D. de pign. 20. 1; L. 2. 3. 4. 6. 7. D. in quib. caus pign. tacite contrah. 20. 2; cf. L. 34 D. de damno infecto 39. 2; L. 1 § 5. D. de migrando 43. 32.

(46) Cat. c. 146 seg.; Cic. famil. 13, 56.

parti è ineguale. Mentre il possesso ne assecura il godimento al conduttore, il locatore invece gli cede la cosa per correr la fede di lui; ed ecco perchè la legge avvisasse a un mezzo che, garantendo gli obblighi del conduttore, stabilisse l' uguaglianza tra le due parti. D' altronde trattandosi della locazione di un predio urbano, se il conduttore aveva soddisfatto i suoi obblighi o non aveva potuto soddisfarli per colpa del locatore, non era lecito a questi d'impedirlo dall'esportarne gli effetti che vi aveva introdotti. A tal uopo il conduttore poteva invocare la protezione del magistrato col mezzo di un interdetto proibitorio, detto *interdictum de migrando* (47): ma ordinariamente si veniva in soccorso di lui *extra ordinem,* cioè con potestà esecutiva, dimanierachè l'uso pratico dell'interdetto era limitato (48).

III. Ora sono da vedere le cause per le quali si scioglie la locazione e come si rinnovi. Nel determinare la durata della locazione conviene badare innanzi tutto alla convenzione.

1. Se nessun termine fosse stato apposto, e questo non risultasse neppur indirettamente dalla qualità dell' uso e godimento permesso, era lecito a ognuno dei contraenti di rinunziarvi a piacimento.

2. In caso diverso la locazione finiva collo spirare del termine, e solo eccezionalmente poteva sciogliersi prima. D'altronde cotesto scioglimento eccezionale poteva occorrere tanto in via ordinaria quanto in via straordinaria.

A. In via ordinaria: per la perdita fortuita della cosa locata (49), o per averne il conduttore nel frattempo acquistata la proprietà (50), o anche di scambievole accordo delle parti, *mutuus dissensus,* ma non mai per morte, perchè i diritti e gli obblighi che ne risultano passano agli eredi (51).

B. In via straordinaria: in alcuni casi in cui il locatore o il conduttore, prima ancora dello spirare del termine, aveva diritto di recedere unilateralmente dal contratto, casi che meritano una particolare considerazione.

(47) Tit. D. de migrando 43. 32.
(48) L. 1 § 2 D. eo t.
(49) L. 9 § 1. 4. L. 19 § 6 D. h. t; *cf.* L. 33 D. eod.
(50) L. 9 § 6. L. 10 D. h. t.
(51) § 6 I. h. t.; L. 19 § 8 D. h. t.; L. 10 C. eod.

Precisamente il locatore può domandare lo scioglimento del contratto:

a. Per abuso o malversazione della cosa locata (52).

b. Pel non pagamento del canone, durante due anni (53), e meno ancora nelle locazioni di publiche gabelle e del fisco (54), senza che neppure un *pactum de non expellendo* possa giovare al conduttore insolvente (55).

c. Pel bisogno che il locatore dimostrasse avere dell' abitazione locata pei proprii suoi usi, purchè questo bisogno sia sopravvenuto in modo imprevedibile (56)

d. Finalmente per la necessità di ristauri indispensabili, che non fosseso compatibili coll' uso promesso (57).

I casi in cui era lecito al conduttore di sciogliere il contratto prima ancora dello spirare del termine sono i seguenti:

a. Se il locatore non gli consegnava a tempo debito la cosa, purchè questo ritardo fosse di qualche importanza (58).

b. Se la cosa aveva tali difetti, da scemarne sensibilmente l'uso a cui era destinata, purchè non si potesse apprestarvi pronto rimedio, o pur potendo, il locatore non volesse sobbarcarvisi (59); per esempio pel totale deperimento delle porte o fenestre, o se ad un quartiere preso da un pittore per collocarvi il suo studio fosse oscurata la luce da costruzioni innalzate da un vicino.

c. Se v'era luogo a temere un pericolo personale continuando ad usare della cosa, verbigrazia di imminente ruina o di incursioni nemiche (60).

d. Ancora, cadendo il conduttore in concorso, questo poneva termine alla locazione nel senso, che nè egli nè i suoi creditori potevano venir costretti a continuare il contratto (61), mentre invece il concorso del locatore non esercitava la benchè menoma influenza sul rapporto.

(52) L. 3 C. h. t.; Nov. 120 c. 8.
(53) L. 54 § 1 L. 56 D. h. t.; Nov. 120 c. 8.
(54) L. 10 § 1. D. de publican. 39. 4; L. 2 C. de fund. rei priv. 11. 65.
(55) L. 54 § 1 D. h. t.
(56) L. 3 C. h.t.
(57) L. 3 C. h. t.
(58) L. 24 § 4. L. 60 pr. D. h. t.
(59) L. 25 § 2 L. 27 pr. D. h. t.
(60) L. 13. § 7. L. 27 § 1 D. h. t; L. 28. 33 D. de damno inf. 39. 2.

e. L'adagio che la vendita sciolga la locazione non è vero a rigore di parola, ovverosia nel senso, che il contratto di locazione e conduzione si sciolga perchè la proprietà della cosa locata è passata a titolo singolare ad altra persona, o perchè fu costituito sovra di essa un diritto reale incompatibile col diritto d' uso del conduttore. La obligazione *ex locatione et conductione* continua a sussistere inalterata tra il primo locatore e il conduttore; per cui quegli ha pur sempre l'obbligo di prestare a questi l'*uti licere*, e se avesse alienata la cosa senza obbligare il suo successore a mantenere il contratto di locazione, o non ostante l' obbligo assunto, questi nol mantenesse, il conduttore aveva il diritto di sperimentare l'*actio conducti* contro il suo locatore e domandare il pieno indennizzo (62). Viceversa, se il locatore continuava ad adempiere la sua obbligazione, e poteva farlo appunto conchiudendo quel patto col suo successore, patto che si sottointendeva sempre nelle vendite fiscali (63), correva obbligo anche al conduttore di pagare il canone, e in generale di mantenere il contratto, che tuttavia doveva ritenersi esistente sempre tra lui e l'antico locatore (64). Se però il locatore alienava la cosa senza obbligare il suo successore a rispettare il contratto di locazione, è certo che questi poteva ad ogni momento espellere il conduttore (65); come è certo, dall'altro canto, che il conduttore non aveva l'obbligo di continuare il rapporto di locazione col nuovo proprietario (66).

IV. Terminata la locazione, è lecito alle parti rinnovare il contratto, sì espressamente che tacitamente, e ciò si dice *locationem renovare* o *reconducere* (67). La tacita riconduzione che si verifica allorquando il conduttore, spirato il termine, continua ad usare e godere della cosa senza opposizione del locatore, si presume conclusa colle medesime condizioni della conduzione

(61) L. 8 § 1 D. de reb. auct. judic. poss. 42. 5.

(62) L. 25 § 1 L. 32 D. h. t.

(63) L. 50 D. de jure fisci 49. 14.

(64) Vangerow § 643.

(65) L. 25 § 1 L. 32 D. h. t.; L. 59 § 1 D. de usufr. 7. 1; L. 120 § 2 D. de legat. 1; L. 9 C. h. t.

(66) L. 32 D. h. t.

(67) L. 13 § 11 D. h. t.; L. 16 C. eod.

originaria (68). Nondimeno sono notabili alcune differenze quanto alla durata. Trattandosi di fondi urbani, il conduttore non è obbligato che fino a tanto egli continua veramente ad abitarvi, *prout quisque habitaverit*, e può quindi dare la disdetta ad ogni momento, purchè il caso della tacita rilocazione non sia stato espressamente preveduto nel primo contratto, e stabilito un tempo determinato per questo caso, *nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est* (69). Questa regola però che valeva pei fondi urbani non poteva valere ugualmente pei fondi rustici. L'utile e le fatiche fanno qui un giro così regolare e nondimeno in tempo così diverso, che difficilmente taluno si adatterà a locare o condurre un fondo senza che ne sia in qualche modo determinato il termine. Perciò trovo questa regola, che la durata della riconduzione tacita debba pei fondi rustici essere di un anno (70), perchè solo in questo lasso di tempo è possibile al conduttore di raccogliere tutti i frutti del fondo.

C. *La locazione e conduzione di opere.*

Hasse, de opere locato et conducto Romanorum Lips. 1814. **Weiske,** theoret. pract. Abh. n. 1. **Gesterding,** üb die Contracte welche wir mit den Handwerkern schliessen (Irrth. n. 4). **Schäffer,** ob u. unter welchen Voraussetzungen für geleistete Dienste u. verabreichte Alimente eine Vergütung auch ohne vorheriges Versprechen einer solchen angesprochen werden kann? (Giess. Zeitschr. N. S. VII. 1). **Buchholtz,** das Einstehen für den Zufall b. d. Verdingungsvertrag (Giess. Zeitschr. VIII. 1). **Mommsen,** Beitr. I. p. 364. seg. III. p. 423 seg.

I. Come nella locazione e conduzione di cose una parte promette all'altra l'uso e il godimento di una cosa; così nella locazione e conduzione di opere, la prestazione di un servigio o di un'opera, in correspettività di un prezzo che l'altra parte si obbliga di pagare. E dico espressamente di un servigio o d'un'opera, perchè sono immaginabili due modi di prestazione; cioè, o con speciale riguardo al suo dettaglio e alla sua durata, o

---

(68) L. 13 § 11 L. 14 D. h. t; L. 16 C. eod.
(69) L. 13 § 11 D. h. t.
(70) L. 13 § 11 cit.

con riguardo al suo scopo e prodotto (1). Nel primo caso esiste propriamente una *locatio conductio operarum*, nel secondo una *locatio conductio operis*. Nel primo caso è locatore chi promette l'opera, conduttore chi promette la mercede; nel secondo invece, fu detto *conductor* o *redemptor operis* colui che assumeva il lavoro, *locator operis* colui che lo pagava, quasi per esprimere ch'egli mette l'opera che considera sua a disposizione dell'altro contraente e gli abbandona l'impresa. Nè questa distinzione, che si fa tra la prestazione di un servigio e la prestazione di un'opera, è oziosa; ma avremo da avvertire alcune radicali differenze, che derivano dalla particolare natura dell'una e dell' altra.

In generale i principii che reggono la locazione e conduzione di cose, reggono altresì la locazione e conduzione di opere; pur tuttavia sono da notare alcune singolarità proprie di quest'ultima.

Le opere destinate a formare obbietto di locazione e conduzione debbono innanzi tutto essere *honestae*, che è a dire la loro prestazione non deve contenere nulla di turpe; e ancora, debbono essere *operae locari solitae* (2). Per questo riguardo vanno distinte le opere liberali dalle illiberali, nel senso che soltanto queste ultime possono formare obbietto di locazione: ma è difficile definire precisamente in che consistesse cotesta distinzione. A quanto pare dicevansi liberali alcune opere non per la loro obbiettiva natura, ma grazie al loro rapporto subiettivo. Poichè è da sapersi che giusta i costumi romani alcune occupazioni erano principalmente riservate ai liberi, ed anzi agli ingenui, come in specialità i servigi che, nell'esercizio della loro rispettiva professione, prestavano i causidici, i professori, i medici, i notai, ecc. Questi fatti per la loro dipendenza da una professione liberale, non erano anticamente retribuiti punto in pecunia, e quando lo furono sotto gl'imperatori (3), la retribuzione, detta onorario (4), potè ottenersi solamente con una *extraordinaria cognitio* o con un'*actio praescriptis verbis* (5). Le opere

(1) Cf. L. 51 § 1 D. h. t.; L. 5 § 1 D. de V. S. 50 16.

(2) L. 5 § 2. D. de praescr. verb. 19. 5.

(3) L. 1 § 1-8. 10-13 D. de extr. cogn. 50. 13.

(4) L. 1 pr. D. si mensor 11. 6; L. 38 D. h. t.; L. 1 § 5. 10. D. de extr. cogn. 50. 13.

(5) L. 1 § 10 D. de extr. cogn. 50. 13; L. 3 D. de proxeneticis 50. 14; L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5.

adunque che solo potevano formare obbietto di locazione e conduzione erano le opere illiberali, la cui mercede, come nella locazione e conduzione di cose doveva consistere in una determinata somma di danaro, e solo per eccezione potevano consistere anche in frutti, com'era il caso p. e. coi *pecora partiaria*, cioè col gregge affidato ad un pastore verso una certa parte dei nascenti (6).

II. Per determinare gli effetti della locazione e conduzione di opere, converrà tener distinte la *locatio operarum* propriamente detta dalla *locatio operis*.

1. L'obbligo del *locator operarum* si è di prestare le opere nel modo e nel tempo stabiliti, o rispettivamente giusta la natura della cosa. Non è però necessario ch' ei le presti in persona, ammenochè ciò non risultasse dalla espressa o presunta volontà del contratto (7). Ad ogni modo egli risponde del dolo e di ogni colpa, tanto se non eseguisce il lavoro, quanto se danneggia le cose affidategli per la esecuzione di esso (8). Per converso l'obbligo del conduttore è di pagare la mercede nel modo stabilito. Il locatore però, il quale per un caso fortuito non può prestare le opere, non ha neppur diritto di esigere la mercede, perchè questa non gli è dovuta che a condizione della prestazione delle opere, le quali non furono prestate (9). Se invece il conduttore non può per un caso fortuito, avveratosi nella sua persona o nel suo rapporto, ricevere le opere che formano obbietto della prestazione che il locatore è pronto a prestare, la mercede vuol essere nondimeno pagata. Perchè sebbene sia vero, come dicemmo, che la mercede non è dovuta che a condizione della prestazione delle opere, è pur vero, che una condizione si reputa adempita quando il suo adempimento è impedito da chi pel medesimo doveva rimanere obbligato (10). D'altronde se il locatore avesse trovato modo di impiegare in altra guisa l'opera sua, il guadagno ricavato da questo lavoro andava dif-

---

(6) L. 8 C. de pact. 3. 1.

(7) L. 31 D. de solut. 46. 3.

(8) L. 9 § 5. L. 13 pr. § 1-6. L. 25 § 7. 8. D. h. t.; cf. § 17 in. I. de oblig. quae ex del. nasc. 4. 1.

(9) L. 13 § 1. 5 L. 15 § 6. L. 25 § 7 D. h. t.

(10) L. 28 pr. D. h. t.

falcato dalla mercede promessagli (11). Il conduttore che si rifiutava dolosamente o colposamente di ricevere le opere, poteva aver l'obbligo di rispondere anche di altro interesse.

2. Veniamo agli effetti della *locatio* o *redemptio operis*. L'obbligo del conduttore o impresario dell' opera è di compirla e consegnarla nel modo stabilito, cioè di prestare non tanto il lavoro personale quanto il resultato compiuto del medesimo; ed ecco perchè a differenza della *locatio conductio operarum*, il lavoro possa essere eseguito sia dall' impresario stesso, sia da altra persona cui egli lo affidi, ammenochè la sostituzione non fosse esclusa da patto esplicito o dalla volontà presunta delle parti (12). Spesso vien anche stabilito un termine per l'esame e l'approvazione del lavoro; e il giudizio in questo caso non è abbandonato al puro arbitrio del locatore o di quella terza persona a cui l'esame fosse stato affidato, ma vuol essere un *arbitrium boni viri* (13). L' impresario risponde generalmente del danno, che per suo dolo o colpa ne fosse derivato alla materia affidatagli, o ad altro oggetto. Anche il difetto delle speciali cognizioni tecniche che il locatote poteva a ragione aspettarsi da lui gli era imputato a colpa (14); nè importa che la colpa immediata fosse sua o della gente che aveva adoperato nella esecuzione del lavoro (15). Invece il danno cagionato da caso fortuito o da forza maggiore non ricadeva sull'impresario (16); ammenochè egli non si fosse chiamato responsabile anche di esso (17). Perchè poi l'applicazione di questo principio non lascia di presentare qualche difficoltà di fatto, così la legge ebbe ricorso ad alcune presunzioni. Essa presume che il danno sia derivato da colpa dell'impresario se si verificò prima che il locatore abbia esaminato e approvato il lavoro; e presume invece che sia derivato da

(11) L. 19 § 9. 10 D. h. t.

(12) L. 31. D. de solut. 46. 3; L. 48 pr. D. h. t.; L. 38 § 1 D. de V. O. 45. 1.

(13) L. 24 pr. L. 37 D. h. t.

(14) L. 9 § 5. L. 13 pr. § 1-6. L. 25 § 7. 8 D. h. t; § 15. I. de oblig. quae quasi ex del. 4. 5.

(15) L. 27 § 9 D. ad leg. Aquil. 9. 2.; L. 11 pr. D. h. t.

(16) L. 36. L. ult. D. h. t.; cf. L. 37. 59 D. eod.

(17) arg. L. 13 § 5 D. h. t.

caso fortuito se ebbe a verificarsi dopo l'approvazione (18). Nondimeno sì nell'uno e sì nell'altro caso è ammessa la prova in contrario (19). Essendo manchevole la esecuzione del lavoro, il locatore poteva a seconda dei casi, o rifiutare di riceverlo, o fare una proporzionata sottrazione alla mercede, e in generale esigere di essere indennizzato del suo interesse. L'impresario però poteva allegare a sua discolpa che l'opera era stata fatta esattamente secondo le istruzioni avute, purchè nei moltissimi casi in cui il locatore, difettando di cognizioni proprie, suole abbandonarsi a quelle del conduttore, questi non abbia mancato di fargliene avvertire le conseguenze (20). In generale l'impresario è responsabile del suo consiglio tecnico, p. e. per il preventivo che avesse compilato pel locatore di una fabbrica come base determinata della sua risoluzione di fabbricare (21). Del resto dopo esaminato e approvato il lavoro, l'impresario non risponde dei difetti del medesimo se non nel caso che ne avesse ottenuta l'approvazione con dolo (22), o se al momento della consegna i difetti erano tuttavia nascosti al locatore senza sua colpa.

L'obbligo del *locator operis* è uguale a quello del *conductor operarum*, ovverosia di pagare la mercede nel modo e nel tempo stabiliti. Precisamente il lavoro può essere allogato *per aversionem*, ovverosia a cottimo, per un prezzo determinato (23), o anche a pezzo e misura se l'opera è tale da poter essere misurata (24), o a giornata (25). A differenza però della *locatio conductio operarum*, il danno cagionato da caso fortuito all'opera, non solo, come avvertii, è a carico della persona per la quale l'opera fu presa a fare (26), ma non la esonera neppure dall'obbligo di pagare la mercede all'impresario (27). Ancora, può

(18) L. 24. 36. 62 D. h. t.
(19) L. 36. 37 in f. D. h. t.
(20) L. 51 § 1 D. h. t.
(21) L. 60 § 4 D. h. t.
(22) L. 24 pr. L. 36 D. h. t.
(23) L. 36 D. h. t.
(24) L. 30 § 3 D. h. t.
(25) L. 51 § 1 D. h. t.
(26) L. 36. L. ult. D. h. t.; cf. L. 37. 59 D. eod.
(27) L. 33 pr. D. h. t.

correre obbligo al *locator operis* di risarcirgli le spese e il danno, e pagargli le usure moratorie (28), come generalmente risponde anch' egli, al pari dell' impresario, di ogni dolo e colpa anche lieve.

III. La locazione e conduzione di opere cessa generalmente colla prestazione de' servigi promessi, e quindi:

1. Se si tratta della esecuzione di un' opera determinata, questa determinerà alla sua volta la durata e la misura del lavoro; ovverosia la locazione non cesserà che colla consegna dell' opera medesima. Nondimeno se le spese superano di gran lunga il preventivo fatto dall' impresario, è lecito all' altra parte di recedere dal contratto (29).

2. La locazione di servigi per un dato tempo cessa naturalmente collo spirare del tempo fissato, o di mutuo accordo delle parti; ma d'altronde, come nella locazione e conduzione di cose, è ammessa una tacita riconduzione (30).

3. Se il contratto è stato fatto per un lavoro o tempo indeterminato, ambe le parti possono sciorlo a piacimento.

4. La morte non pone termine alla locazione di opere se non in quanto, nel conchiudere il contratto, si abbia avuto essenziale riguardo alla individualità dell' uno o dell' altro dei contraenti.

D. *La locazione irregolare.*

W. Sell, üb. die s. g. locatio irregularis (Arch. f. civ. Prax. XIX. 12). **Buchholtz,** nella Giess. Zeitschr. N. S. VIII. 1. **Helmbach,** Creditum p. 426 seg. **Mommsen,** Beitr. 1. § 24.

Osservai, parlando del deposito, che il carattare della restituzione individuale non era sempre rigorosamente mantenuto. Il deposito poteva essere fatto in modo che ne risultasse manifesta la intenzione del depositante di non voler riavere le cose depositate in ispecie ma in genere; nè altrimenti trovo che vi

(28) L. 2. 17 C. h. t.
(29) L. 60 § 4 D. h. t.
(30) Arg. L. 13 § 11 D. h. t.

aveano alcuni casi irregolari nella locazione e conduzione: casi, i quali si collegano con quelle due regole generali, che nella locazione non v' ha altra trasmissione di proprietà, fuor quella contenuta nella prestazione della mercede; e che, riguardo alle cose che una parte riceve dall' altra, il pericolo è a carico di colui che le ha date e non di colui che le ha ricevute. La locazione, che i commentatori chiamano irregolare, si dilunga appunto da queste due regole, e si verifica:

1. Quando un padrone di bastimento riceve delle quantità determinate di grano della medesima qualità da più caricatori obbligandosi di farne il trasporto. Egli potrebbe bensì tenerle separate: ma non c'è sempre l'opportunità di farlo, e le confonde. Ciò dev' essere indifferente ai caricatori, perchè non toglie che ognuno possa avere la sua quantità e qualità, mentre l'identità dei singoli grani é tal cosa a cui nessuno ci tiene. Questo rapporto obbligatorio è certamente una locazione e conduzione: senonchè la confusione dei grani ne fa cessare la loro giuridica esistenza, in quanto ne dipende la proprietà dei caricatori, che passa al padrone del bastimento. I caricatori adunque non hanno oggimai che un credito verso di lui *(in creditum ierunt)* diretto a ottenere altrettanto in genere e qualità; nè vi può essere discorso di liberazione per caso fortuito appunto perchè l'obbietto della restituzione non è determinato individualmente (1).

2. Parimenti vi sarebbe locazione e conduzione di opere, nel caso in cui taluno desse dell'argento o dell'oro ad un orefice, incaricandolo di fargli un vaso o un anello. Questi metalli per essere elaborati abbisognano dell' aggiunta di altro metallo meno nobile. Vogliono quindi essere fusi, e l'orefice può fondere con essi anche altro oro od argento senza il benchè menomo danno del committente. In questa ipotesi sarebbe assurdo di voler insistere perchè il lavoro fosse fatto precisamente con quel dato metallo, o anche solo pretenderne la continuazione della proprietà. Saggiamente adunque fu stabilito dai Romani, che l' orefice diventasse proprietario del metallo ricevuto, coll' obbligo di lavorarlo; dal che ne segue che il pericolo è a tutto suo carico (2).

(1) L. 31 D. h. t.
(2) L. 31 D. h. t.

3. Alcuni commentatori annoverano tra i casi della locazione irregolare anche l'*instrumentum aestimatum* di cose locate, che occorreva quando queste erano rimesse al conduttore con estimazione, e in specialità quando il locatore abbandonava al colono gli oggetti che si trovavano sul fondo pel servizio e il godimento del medesimo. L'*instrumentum* cioè si considerava come venduto, e il colono rispondeva anche della perdita fortuita (3). Questo però non era che un patto accessorio, che poteva intervenire nella locazione e conduzione, ma non poteva, secondo le idee romane, dare un altro carattere all'obbligazione principale.

5. Il contratto enfiteutico.

Tit. C. de jure emphyteutico (4. 66).
Mareżoll, üb. die äussere Form des emph. Contr. (Giess. Zeitschr. II.11).

Diciamo contratto enfiteutico quel contratto consensuale pel quale una delle parti si obbliga a dare all' altra un fondo in enfiteusi. Questo contratto fu risguardato sempre come un contratto consensuale anche nell' antico diritto, ma viste le estesissime facoltà giuridiche che il proprietario trasferiva all'enfiteuta, e in specialità quella di trasmettere il diritto di enfiteusi agli eredi e con atto tra' vivi agli estranei, si dubitava da alcuni giureconsulti se non si avesse a giudicare secondo le regole della compra-vendita; mentre altri inclinavano a ritenerlo come una locazione e conduzione, considerando specialmente l'obbligo che incombeva all'enfiteuta di pagare un canone annuo al proprietario (1). L'imperatore Zenone mise fine alla controversia, attribuendo a questo contratto un carattere proprio, diverso dalla locazione e dalla vendita, e traente la sua forza dal suo proprio tenore (2).

In seguito a cotesta costituzione di Zenone esso forma adun-

(3) L. 3. 54. § 2 D. h. t.
(1) Gai, 3, 145; § 3 I. de loc. et cond. 3. 24; Theoph. ad h. t.
(2) § 3 I. de loc. et cond. 3. 24; L. 1 C. de jure emph. 4. 66.

que una quinta specie di contratti consensuali. Del resto sebbene si conchiuda e rimanga perfetto col semplice consenso, e non esiga alcuna formalità, nondimeno, trattandosi di enfiteusi ecclesiastiche (3), e a quanto pare anche nelle enfiteusi laicali, ogni qualvolta le parti volevano in qualche modo derogare alla regola (4), era necessario alla sua perfezione che fosse redatto in iscritto.

Quant'è agli effetti, osservo che il contratto enfiteutico, al pari del contratto pignoratizio, è operativo in due riguardi. Esso cioè può procacciare all'enfiteutà un diritto reale e fonda sempre un rapporto obbligatorio tra le parti. Noi non ce ne occupiamo che per quest' ultimo aspetto; e osservo in generale, che dovrà essere giudicato in base alle regole della locazione o della vendita, secondo che le une o le altre possono essere applicate per analogia. Così la parte a cui fu promesso un diritto di enfiteusi, potrà pretendere, giusta l'analogia della vendità, di essere immessa nel possesso e nel godimento del fondo e avrà diritto di invocare la garanzia del suo autore in caso di evizione. Invece troveranno applicazione le regole della locazione e conduzione circa al modo di godimento della cosa e al pagamento del canone annuo. Nondimeno, per ciò che concerne la questione del pericolo, Zenone ha stabilito espressamente, che la perdita totale del fondo debba essere a tutto carico del proprietario, la perdita parziale a tutto carico dell'enfiteuta; di maniera che nè il proprietario potrebbe nel primo caso esigere più la corresponsione, nè l'enfiteuta otterrebbe, nel secondo, alcuna riduzione pel canone (5). Che se per quel riguardo il contratto di enfiteusi differisce dalla vendita, per questo invece differisce dalla locazione. L'azione sì dell'una parte che dell'altra è detta dai moderni *actio emphiteuticaria.*

---

(3) Nov. 120 c. 6.
(4) L. l. 3 C. h. t.
(5) L. 1 C. h. t.; § 3. I. de loc. et cond.

CAPO SECONDO

I patti.

I. I PATTI VESTITI.

1. I patti aggiunti a un contratto di buona fede: *Pacta adiecta.*

Tit D. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis (18. 1); de in diem addictione (18. 2); de lege commissoria (18. 3); C. de pactis inter emtorem et venditorem compositis (4. 54).

Donelli, Comment. XVI. 18. **Glück** XVI p. 239 seg. **Zimmern,** üb. Resolutivbedingungen (Arch. f. civ. Prax. V. 9) — **Donelli,** Comment. XVI. 19. **Glück** XVI. p. 271. **Albert,** commiss. Vertr. Ala 1822. **Zimmern,** l. c. **Wolff,** Mora p. 73 seg. — Tract. de jure protimiseos **Matthaei de Afflictis** et **Baldi de Ubaldis,** item **Rob. Marantae** Disputationes ejusdem argumenti, item Commentariolus **M. Mantuae Benavidii** ad L. dudum C. de contrah. emt. Francof. 1588. **Glück,** XVI p. 156 seg. — **Duncker,** üb. d. pact. reservati dominii (Rhein. Mus. V. 47). **Geyse,** üb. d. pactum reserv. dom. (Giess. Zeitschr. V. 11). **Gensler,** Kurze Bemerk. üb. d. vertragsmässig vorbehaltene Eigenth. an der verkauften u. tradirten Sache (Arch. f. civ. Prax. II. 29). **Müller** üb. d. pactum reserv. dom. (Ibid. XII. 13). **Hofmann,** noch einige Bemerk. üb. d. Natur u. die Wirkung des Eigenthumsvorbehaltes beim Verkaufe (Ibid. XVIII 11). **Vangerow** §. 311. — **Dernburg,** Pfandrecht. — **Glück,** XVI. p. 224 seg.

I. Già dissi come i patti in origine non davano luogo ad azione: ma quanto più cresceva il commercio, tanto più doveva risultare manifesto ciò che v'avea di angusto nel sistema dei contratti propriamente detti, che erano le sole convenzioni confortate di azione, e le sole che producessero una obbligazione civile. Non farà dunque meraviglia che a poco a poco si derogasse a questa regola, e si accordasse anche ad alcuni patti la medesima forza delle obbligazioni civili. Questi patti ebbero poi dai glossatori il nome di patti vestiti, e ad essi appartengono, come sappiamo, i patti adietti, i patti pretorii e i patti legittimi.

Noi parliamo prima dei patti adietti, cioè di quelle convenzioni accessorie che le parti aggiungono a un contratto di buona fede coll' intenzione di modificare le conseguenze naturali del medesimo. Questi patti costituendo una condizione del reciproco consenso, potevano considerarsi come parti del contratto stesso, ed era molto ovvia l' idea di estendere anche ad

essi l'azione nascente dal contratto al quale accedevano. Infatti la giurisprudenza li considerò di buon'ora da questo aspetto, e ottennero così grazie ad essa una forza obbligatoria, che altrimenti non avrebbero avuta. Era però necessario, che lo stesso contratto principale, e l'azione che ne derivava, fossero di tal natura da ammettere giuridicamente una simile estensione. In altri termini, il patto doveva essere aggiunto a un contratto di buona fede; mentre invece la giurisprudenza romana non ammise nè poteva ammettere i patti adietti come producenti una obbligazione nei contratti di stretto diritto. E per fermo: quali azioni avrebbero potuto sperimentarsi dalle parti per ottenerne l'adempimento? L'unica azione prodotta da questi contratti competeva al creditore, e aveva necessariamente per obbietto un *certum*. Non si poteva adunque far luogo a un patto che avrebbe falsato questo obbietto, nè si poteva accordare un'azione al debitore senza falsare la essenza medesima dei *contractus stricti juris*, che son tutti unilaterali. Insomma non si poteva assolutamente portar la mano alle azioni di stretto diritto senza farle scomparire; ed ecco perchè questo principio fosse mantenuto anche nel diritto giustinianeo.

Non basta però che il patto sia aggiunto a un contratto di buona fede, ma è pur necessario, che modifichi solamente il contratto principale in alcuni punti, e non contradica all'essenza del medesimo. Infatti qual forza potrebbe mai derivargli da un contratto ch'esso avesse per iscopo di distruggere?

Finalmente occorre che sia aggiunto contemporaneamente al contratto stesso da cui ripete tutta la sua efficacia; mentre una convenzione fatta separatamente e dopo la perfezione del contratto non sarebbe che un semplice patto privo di azione (1).

II. Premesse queste generali osservazioni, gioverà indicare alcuni dei patti più importanti.

1. Il patto del miglior compratore, *addictio in diem*, col quale le parti convengono di far dipendere la validità di una compera dalla circostanza che altri non faccia entro un certo tempo una migliore offerta (*addictio*). Esso può avere un doppio scopo; perchè può essere apposto qual condizione sospen-

(1) L. 7 § 5 D. de pact. 2. 14; L. 13 C. de pact. 2. 3; L. 8 C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54.

siva della vendita, o qual condizione risolutiva; e il determinare se lo sia in questo o quel modo dipende dalla volontà del contratto. In dubbio si riterrà come apposto qual condizione risolutiva (2). Del resto la migliore offerta può consistere tanto nella somma del prezzo, quanto nel tempo, nella sicurezza (3) ecc., e può farsi anche da uno dei più venditori o compratori (4). Naturalmente il venditore è libero di accettarla o no; ma in questo caso essa si ha per non fatta (5), mentre in quello ognuna delle parti deve restituire ciò che ha ottenuto. In specialità corre obbligo al compratore di restituire la cosa coi frutti; al venditore, quello di restituire il prezzo cogli interessi e risarcire le spese necessarie (6). Il primo compratore però ha un diritto legale di prelazione, e può quindi pretendere che la migliore offerta gli venga notificata (7): ma anche facendo uso di questo suo diritto, deve nondimeno restituire e risarcire tutti i frutti percetti (8). L'azione con cui il venditore fa valere i suoi diritti contro il compratore è la *venditi actio*, cioè appunto l'azione del contratto (9).

2. Il patto commissorio, *lex commissoria*, occorre sì nel contratto di pegno e sì nella vendita. Aggiunto al pegno, è un patto col quale si conviene che la cosa impegnata debba appartenere al creditore, qualora il debitore non paghi nel termine stabilito. Questo patto però venne abolito da Costantino (10), in vista dei molteplici abusi a cui poteva far luogo. Diversamente la legge commissoria aggiunta al contratto di vendita è un patto col quale la validità di questa vien fatta dipendere dal pagamento del prezzo entro un determinato tempo. Anch' esso, al pari della *addictio in diem*, può essere apposto sia come condizione sospensiva, sia come condizione risolutiva della vendita e

(2) L. 1. 2 pr. D. de in diem addict. 18. 2; L. 4 § 5 D. eod.; L. 2 § 4 D. pro emt. 41. 1.
(3) L. 4 § ult. L. 5. 14 § ult. L. 15 § 1 D. h. t. 18. 2.
(4) L. 13 § 1. L. 18 D. h. t.
(5) L. 9 D. h. t.
(6) L. 4 § 4. L. 6 pr. L. 16 D. h. t.
(7) L. 7. 8. D. h. t.
(8) L. 6 § 1 D. h. t.
(9) L. 4 § 4 D. h. t.
(10) L. 3 C. de lege commiss. 8. 35.

delle sue conseguenze reali: ma nel dubbio si presume apposto in questo secondo modo (11). Naturalmente il venditore non può valersi della *lex commissoria* che dopo trascorso il termine stabilito: ma da questo momento gli è lecito giovarsi di essa *eo ipso*, anche senza bisogno di una particolare interpellazione (12), quand'anche il prezzo fosse già stato soddisfatto in parte (13), ammenochè egli stesso non ne avesse impedito il pagamento (14). Trascorso questo termine, il venditore ha libera la scelta: o di esigere il prezzo convenuto, rinunciando così alla legge commissoria, o attenersi a questa (15); ma la scelta fatta una volta non può essere variata (16). Volendo egli approfittare del suo diritto, deve coll'*actio venditi* domandare la rescissione del contratto; e l'effetto è questo che il compratore deve restituirgli la cosa con tutti i frutti ed accessori (17) e perde l'arra che ha prestato (18), mentr'egli alla sua volta deve restituire qualunque parziale pagamento del prezzo al compratore, salvo il caso di una convenzione contraria (19).

3. Il patto di ricompera o riscatto, *pactum de retro vendendo*, con cui il venditore si riserva di riprendere la cosa venduta, sia al medesimo prezzo o mediante il pagamento di un altro prezzo determinato o da determinarsi (20). Il venditore fa valere questo suo diritto col mezzo dell' *actio venditi;* ma può ugualmente servirsi di un *actio in factum* o *praescriptis verbis* (21).

4. Il patto di prelazione, *pactum protimiseos*, per cui taluno si riserva il diritto di comperare a condizioni uguali una cosa in preferenza di chiunque altro, nel caso che venisse venduta. Una convenzione di tal fatta può anche stare da se, ma il più

(11) L. 1 D. de lege commiss. 18. 3; L. 2 § 3 D. pro emtore 41. 4
(12) L. 4 § ult. D. h. t.
(13) L. 6 § 2 D. h. t.
(14) L. ult. D. h. t.
(15) L. 2. 3 D. h. t.
(16) L. 4 § 2. L. 7 D. h. t.
(17) L. 4 pr. L. 5 D. h. t.
(18) L. 6 pr. D. h. t.
(19) L. 4 § 1 D. h. t.
(20) L. 12 D. praescr. verb. 19. 5; L. 2. 7 C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54; L. 1. C. quando decreto opus non est 6. 72.
(21) L. 12 D. praescr. verb. 19. 5.

delle volte sarà un patto adietto, mediante il quale il venditore di una cosa si riserva la preferenza in confronto di ogni altra persona, supposto che il compratore voglia rivenderla (22). Del rimanente questo diritto di prelazione può anche avere il suo fondamento in un atto di ultima volontà e nella legge.

5. Il patto di riservato dominio e il patto di riservata ipoteca, *pactum reservati dominii* e *reservatae hypotecae*. Mediante il patto di riservato dominio il venditore si riserva la proprietà della cosa fino al pagamento del prezzo (23). Esso ha precisamente per iscopo di constatare che il venditore non ostante la tradizione non segue punto la fede del compratore, il quale non ottiene così che la detenzione della cosa o un possesso puramente precario (24). Mediante il patto di riservata ipoteca, il venditore si riserva un' ipoteca sulla cosa venduta sotto fede di prezzo, appunto per garanzia del pagamento del prezzo medesimo (25). L'uno e l'altro di questi patti, purchè conchiusi contemporaneamente alla compera, o almeno prima del trasferimento della proprietà, hanno efficacia reale.

6. Il patto di non vendere, *pactum de non alienando*, pel quale il compratore di una cosa si obbliga a non venderla o assolutamente o in favore di una determinata persona (26). Questo patto non ha già per effetto di rendere nulla l'alienazione fatta contrariamente ad esso; ma può far luogo ad una azione pel risarcimento del danno (27).

7. Il patto anticretico, *pactum antichreticum seu ἀντιχρήσεως*, mediante cui il debitore concede al creditore l' uso o il godimento di una cosa in luogo di pagargli degli interessi. Esso può occorrere senza che v'abbia un diritto di pegno (28), ma di regola

(22) L. 75 D. de C. E. 18. 1; L. 21 § 5 D. de A. E. V. 19. 1.

(23) L. 16 D. de peric. 8. 6; L. 20 § 2 D. locati 19. 2.

(24) L. 20 D. de proc. 43. 26.

(25) L. 1 § 4. L. 2 D. de reb. eor. qui sub tut. 27. 9.

(26) L. 7 C. de reb. alien. non alienand. 4. 41; L. 9. C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54; cf. L. 75 D. de contr. emt. 18. 1; L. 21 § 5 D. emti 19. 1; L. 135 § 3 D. de V. O. 45. 1.

(27) L. 75 D. de C. E. 18. 1; L. 21 § 5 D. emti 19. 1; L. 135 § 3 D. de V. O.; L. 3 C. de cond. ob caus. dator. 4. 6.

(28) L. 14 C. de usur. 4. 32.

sarà unito al contratto pignoratizio (29). Ad ogni modo qualunque sia il contratto principale, se fu accordato al creditore il godimento dei frutti, e questi consistono in rendite determinate, converrà por mente che non oltrepassino la misura legale degli interessi; se invece non gli fosse accordato che l'uso di una cosa (30), o anche il godimento dei frutti, ma la rendita ne fosse incerta (31), la misura degli interessi non va punto presa in considerazione.

8. Il patto di pentimento, *pactum displicentiae*, col quale uno dei contraenti o anche ambidue si riservano di recedere a piacimento dal contratto. Esso è generalmente applicabile ad ogni maniera di convenzioni, ed ha il carattere di condizione risolutiva (32). Il più delle volte sarà limitato a un certo tempo, ma le parti possono riservarsi questa facoltà anche in perpetuo (33). Trattandosi di una compera conchiusa con questo patto senza determinazione di tempo, la legge stessa lo fissa a 60 giorni (34).

2. I patti pretorii.

A. *Osservazioni preliminari.*

Egli era dello spirito del diritto pretorio di mitigare il rigoroso sistema delle azioni e dei contratti del gius civile, e accordare nell'editto un'azione a certi patti ogni qualvolta ciò sembrasse suggerito dal bisogno e dalla equità, mettendoli così alla pari dei contratti. Alcuni scrittori peraltro ne esagerarono la importanza, annoverando tra i patti che il pretore ha munito di azione molte convenzioni, come il *precarium*, il *receptum nauturum et cauponum*, il *pactum de jurejurando extrajudiciali*,

(29) L. 17 C. eod.
(30) L. 14 C. de usur.
(31) L. 17 C. eod.
(32) L. 3 D. de C. E. 18. 1; cf. L. 2 § 5 D. pro emt. 41. 4; L. 4 C. de aedil. action. 4. 58.
(33) L. 31. § 22 D. de aedil. ed. 21. 1.
(34) L. 31. § 22 D. de aedil. ed.

il compromesso e la transazione, che veramente non vi appartengono. I veri patti pretori non sono che tre: il costituto, il patto d'ipoteca e l'accettazione delle funzioni di arbitro. Noi qui non ci occupiamo che dei due primi, riservandoci a parlare del *receptum arbitrii* quando tratteremo del compromesso.

B. *Il constitutum.*

Tit. D. de pecunia constituta (13. 5). C. de constituta pecunia (4. 18).
Glück XIII. p. 361 seg. **Reinganum**, de constituta pecunia, praesertim cum quis suo nomine constituat Eidelb. 1819.

I. Il *constitutum* è un patto pretorio col quale si promette di pagare un debito che già esiste. Propriamente *constituere* vuol dire fissare un giorno per una prestazione da farsi, e parve al pretore che colui il quale procedeva a una simile fissazione riconoscesse in modo evidente l'esistenza della obbligazione di cui prometteva l'adempimento a un dato giorno. Accordò adunque un'azione, detta *actio constitutoria*, e più frequentemente *actio de constituta pecunia* alla persona, in cui favore il costituto aveva avuto luogo, affine di ottenere l'esecuzione della promessa.

Il qual passo fu certamente ardito: ma il pretore, secondo il solito, non fece propriamente che estendere una istituzione esistente. La giurisprudenza aveva già prima creato un mezzo analogo: l'*actio receptitia* contro i banchieri che avessero promesso di fare in un giorno determinato un pagamento per le persone nelle quali avevano fiducia, o delle quali tenevano in deposito i capitali. Il pretore adunque approfittò di cotesta istituzione allargandola a tutti. Nondimeno ci sono delle differenze essenziali tra quest'azione recettizia e l'azione constitutoria. La prima era azione civile e quindi perpetua; esperibile bensì contro i soli banchieri, ma applicabile per qualunque oggetto, nè supponeva alcuna obbligazione preesistente, ma era accordata pel solo fatto che il banchiere aveva promesso: l'altra invece era un'azione pretoria, e quindi annale, esperibile contro chiunque, ma solo per debiti di denaro o altre cose fungibili, e supponeva sempre un debito preesistente.

Giustiniano fondendo queste due azioni in una, conservò bensì alla nuova azione il nome pretorio, ma le attribuì la durata ordinaria delle azioni civili, e la volle estesa a tutte le cose che potevano formare obbietto di obbligazione (1).

II. Il costituto stesso poteva essere di due specie, secondochè il debito, la cui essenza viene corroborata col suo mezzo, è un debito del costituente medesimo o di altra persona. V'avea adunque un costituto di debito proprio e un costituto di debito altrui (2). Questo però è una specie d'intercessione, e già ne tenemmo parola altrove; quello invece serve a fissare un altro termine o un altro luogo di pagamento, ma principalmente a dare efficacia civile ad una obbligazione naturale, e su di esso è duopo aggiungere qualche cosa.

1. Ogni costituto suppone necessariamente che preesista un debito. Una *obligatio inanis*, come sarebbe quella che fosse distrutta *per exceptionem* anche nel suo elemento naturale non può servir di base ad esso (3); e parimenti se la obbligazione è condizionata, il costituto non è valido se non dal momento in cui la condizione esiste (4).

Per converso l'origine e la natura del debito sono cose affatto indifferenti; per cui può costituirsi validamente tanto una obbligazione derivante da contratto quanto una obbligazione derivante da delitto (5), tanto una obbligazione civile, quanto una obbligazione pretoria, e persino una obbligazione naturale (6). Anzi la importanza pratica del costituto sta appunto in ciò, che si poteva dare con questo mezzo un'azione anche ad un patto e ad altro vincolo naturale, senza bisogno di ricorrere a un contratto formale e solenne.

2. La promessa poi vuol essere fatta espressamente dal debitore medesimo o col mezzo di un nuncio in persona (7), a voce o in iscritto (8), ma non può essere concepita *impersona-*

(1) L. 2 C. h. t. 4. 18.
(2) L. 5 § 2 D. h. t.
(3) L. 3 § 1 D. h. t.
(4) L. 19 pr. D. h. t.
(5) L. 1 § 6. L. 29 D. h. t.
(6) L. 1 § 7 D. h. t.
(7) L. 14 § ult. L. 15 D. h. t.
(8) L. 5 § 3. L. 14. § ult. D. h. t.

liter, (fiet tibi satis) (9), nè rivestita della forma della stipuazione (10).

3. Ancora, l'obbietto del costituto deve nella quantità essere uguale a quello della obbligazione originaria; chè se la nuova promessa contenesse di più del debito principale, essa non varrebbe che fino alla concorrenza di quest' ultimo (11). In tutto il resto però le parti hanno la più grande latitudine; e in specialità potevano sostituire un'altra prestazione a quella del debito originario, *res pro re* (12), e determinare diversamente il luogo e il tempo (13). Anche la persona del creditore poteva venir mutata col costituto (14).

4. Il suo effetto poi era di creare una nuova obbligazione e una nuova azione, ma non distruggeva la obbligazione anteriore. V'erano dunque due obbligazioni sostanzialmente distinte; ma questo concorso di due obbligazioni non era cumulativo. Il creditore poteva attenersi all'una o all'altra a piacimento (15); ma l'esecuzione di una, non anche per es. la contestazione della lite o la prescrizione, importava la estinzione dell'altra (16).

C *Il pactum hypothecae.*

Intorno al *pactum hypothecae* non occorre di spendere troppe parole. Esso è un patto, precisamente un patto pretorio, con cui taluno concede a un creditore un' ipoteca in garanzia del suo credito; e s'accorda dunque col contratto pignoratizio in ciò che al pari di questo mira a costituire un diritto di pegno. Nondi-

(9) Nov. 115 c. 6; Auth. si quando C. h. t.

(10) § 9 I. de act. 4. 6.

(11) L. 11 § 1 L. 12 D. h. t; cf. L. 33 pr. D. de donat. 39. 5.

(12) L. 1 § 5 D. h. t.

(13) L. 4. 5 pr. D. h. t.

(14) L. 5 § 2 D. h. t

(15) L. 18 § 3 D. h. t.; arg. L. 28 D. eod. et L. 15 D. de in rem verso 15. 3.

(16) L. 18 § 1. 3. L. 19 § 2. L. 28 D. h. t.

meno havvi una essenziale differenza tra il contratto in discorso e il patto d' ipoteca. Questo cioè è indipendente dalla consegna della cosa, perchè il diritto di pegno, a cui tende, non è congiunto fin dalle prime col diritto di possesso, o anche solo colla detenzione, ed anzi dal momento che fosse conceduto al creditore il possesso del pegno, la convenzione non sarebbe più un semplice patto di ipoteca. Del resto oltre che generare il diritto patrimoniale reale di ipoteca e l'azione ipotecaria che vi è annessa, allorquando concorrano le condizioni necessarie alla esistenza di questo diritto (1), genera altresì, al pari del contratto pignoratizio, un rapporto obbligatorio tra le persone che conchiudono questo patto; un rapporto che è indipendente affatto dalla esistenza di un diritto reale di ipoteca.

Ma qual'è precisamente questa obbligazione? Ecco ciò che non ci dicono le nostre fonti: nondimeno vista l'analogia del medesimo col contratto di pegno, dobbiamo ritenere, che anche il rapporto obbligatorio ne sia analogo. La persona adunque, in favore della quale il patto in discorso fu conchiuso, avrà un'azione per domandare in caso di evizione il risarcimento del danno e degli interessi alla parte avversa, sia che questa non fosse punto proprietaria della cosa o avesse celato delle ipoteche onde la cosa era prima aggravata (2), come pure pei vizii e difetti della cosa ipotecata (3), non che per la distruzione o il deterioramento di essa avvenuti per colpa del costituente (4). Soltanto è da avvertire che non vi è un'azione personale propria del patto di ipoteca (5), ma trova invece applicazione l'*actio pignoratitia contraria* come *utilis actio*.

---

(1) L. 17 § 2 D. de pact. 2. 14; L. 1 pr. D. de pign. act. 13. 7; L. 4 D. de pignor. 20. 1.

(2) Arg. L. 9 pr. L. 16 § 1. L. 32 D. de pignor. act. 13. 7.

(3) Arg. L. 16 § 1. L. 31 D. eod.

(4) Arg. L. 9 pr. L. 13 § 1. L. 24. 25 D. eod.

(5) La L. 17 § 2 D. de pact. 2. 14 si riferisce alla Serviana e quasi Serviana.

3. I patti legittimi.

A. *Osservazioni preliminari.*

I patti, che oggidì sogliono chiamarsi legittimi, sono quelli rivestiti di azione dalle costituzioni imperiali. Il loro numero però è limitato. Fatta astrazione da qualche caso in cui, contrariamente alla regola generale, un mutuo di denaro produce degli interessi in forza di un semplice patto, come vedemmo nel mutuo di derrate, nei mutui fatti dal fisco e da qualche città, e nella *pecunia trajectitia,* noi non abbiamo a ricordare che il patto dotale e la donazione.

B. *Il patto dotale.*

La dote poteva essere costituita in più modi: o colla dazione delle cose che si voleva la componessero: o colla promessa fatta al marito di dargliele. La *datio dotis* si effettuava trasferendo la proprietà delle cose dotali al marito mediante mancipazione o *in jure cessió* se erano *res mancipi*, mediante la tradizione, se *res nec mancipi* (1). Questo era certo il modo più antico. In seguito si cominciò anche a promettere la dote, ma questa promessa doveva essere rivestita sempre o della forma della stipulazione, o di quella meno rigorosa della *dotis dictio*, che, come sappiamo, era una dichiarazione della volontà fatta con parole solenni allo sposo o al marito senza bisogno di una precedente dichiarazione, *uno tantum loquente*, ma che si accordava soltanto alla donna, ai suoi ascendenti maschi, e al debitore di lei, quando essa gli aveva espressamente comandato di *dicere dotem* (2). Di questo istituto peraltro non s'è mantenuto nulla nel nuovissimo diritto romano, salvo il principio che la semplice promessa di una dote obblighi il promittente a pagarla.

(1) Gai. 2, 63.
(2) Gai. 2, 9; Ulp. 5, 2; Vatic. fragm. 99.

Ancora, venne meno la necessità della stipulazione e fu precisamente Teodosio che, modificando l'antico ordine di cose, accordò al marito un'azione per l'adempimento della promessa fatta con un semplice patto (3): ecco come il patto dotale diventasse un patto legittimo.

C. *Il patto di donazione.*

Tit. I. D. e C. de donationibus (2. 7. 39.5-8.54).

Meyerfeld, von den Schenkungen nach. R. R. Marb. 1835. 1837. **Savigny,** System IV. § 142-176. **Sauvé** des donations en droit romain Par. 1859. **Marezoll,** üb. die zur donatio inter vivos nöthige Form (Magaz. f. R. W. u. Gesetzg. di Grolman IV. 11.5). Il medes. üb. die Insinuation der Schenkungen (Giess. Zeitschr. I. 1). Il medes. Beschränkung der Minderjährigen (Arch. f. civ. Prax. VIII. 10.7). **Osenbrüggen,** üb. die Form der donatio inter vivos (Zur Interpret. des C. I. 1842 c. 3). **Buchholtz,** Insinuation der Schenkung an piae causae (Giess. Zeitschr. N. S. XI. 4). **Briegleb,** Insinuation der Schenkungen jährlicher Renten (Arch. f. civ. Prax. XXXVIII. 6). **Vangerow** § 122.

La donazione è un atto di liberalità tra' vivi o in causa di morte con cui una persona intende privarsi di tutto o parte del suo patrimonio per arricchire un'altra persona. Coteste liberalità potevano occorrere in più modi, che noi ridurremo a tre categorie: *dando*, *liberando*, *promittendo*. *Dando*, cioè con la traslazione, che trattandosi di diritti reali era la *mancipatio*, la *in jure cessio* e la *traditio;* e trattandosi di obbligazioni, la cessione o la novazione. *Liberando*, quando il donatore rimette un debito al donatario, o lo assolve da un onere qualunque, il che poteva avvenire o colla forma civile della accettilazione, che aveva per effetto di estinguere interamente il credito (1), o anche con un semplice patto, che procacciava al donatario almeno una *exceptio doli* (2). *Promittendo*, ossia obbligandosi ultroneamente a diminuire il proprio patrimonio in favore del donatario, al che però era anticamente indispensabile la forma della stipulazione, mentre un semplice patto non avrebbe pro-

---

(3) L. 4 C. Th. 3. 13. riprodotta con una leggera modificazione da Giustiniano nella L. 6 C. de dotis promiss. 5. 11.

(1) L. 17 D. h. t.; L. 2 C. de accept. 8. 44.

(2) L. 9 pr. D. h. t.

dottó che una obbligazione naturale, di cui il donatario, in difetto di azione, non avrebbe mai potuto esigere l'adempimento.

In generale i costumi e le leggi romane si mostrarono sempre molto severi riguardo agli atti di liberalità tra' vivi, e li circondarono di numerose difficoltà, tra le quali va specialmente notata quella famosa *Lex Cincia de donis et muneribus*, che nell'anno 550 di Roma quando i vincoli di famiglia erano non poco rilassati, vietò le donazioni superiori a una certa somma, e stabilì che dovessero conchiudersi nella forma della mancipazione e tradizione, nel doppio intento di provvedere agli interessi degli eredi legittimi e porre un argine alle inconsulte elargizioni con le quali il donatore s'impoveriva (3). Nè questa legge fu mai esplicitamente abolita: certo essa era ancora in vigore ai tempi di Costantino (4); ma è probabile che i mutamenti operatisi nel trasferimento del dominio, e in ispecie la scomparsa della *mancipatio*, la facessero andare in dimenticanza.

Intanto, per dare più autenticità alle donazioni, si era a poco a poco introdotta la pratica di redigerle in iscritto (5), o farle trascrivere (insinuare) nei publici registri (6). Costanzo Cloro ridusse questa consuetudine a legge (7), e Costantino estese e generalizzò il provvedimento di suo padre, esigendo che una donazione per essere perfetta dovesse riunir sempre le tre condizioni seguenti, che sono: tradizione della cosa alla presenza di testimonj, redazione dell'atto in iscritto e sua registrazione o insinuazione. Che se una donazione fatta diversamente non era nulla, il giudice però doveva andar molto cauto nello ammetterla (8). La legge di Costantino fu poi seguita da altre dei suoi successori che la confermarono o modificarono (9).

Senonchè Giustiniano, abbandonando la via battuta costantemente dalla giurisprudenza, incappò nell'estremo opposto. Egli

(3) Cic. de orat. 2. 71; de senect. 4; Liv. 34, 4; Ulp. pr. § 1.

(4) L. 4 C. Th. de don. 8. 12.

(5) Vat. fragm. 297.

(6) Vat. fragm. 266. 266.a 285; Cod. Greg. 13, 2. 1; cf. L. 1 C. Th. de sponsal. 3. 5.

(7) L. 1 C. Th. de sponsal. 3. 5; L. 3 C. Th. de donat. 8. 12.

(8) Vat. fragm. 249; L. 1 C. Th. de donat. 8. 12; L. 25 C. I. eod. 8. 54.

(9) L. 6-9. C. Th. h. t. 8. 12; L. 28. 34 C. I. eod. 8. 54.

stabilì che la semplice promessa di donare fosse valida, e la munì di un' azione per esigerne l' adempimento (10); soltanto, quando eccedeva la somma di 500 solidi, essa aveva da essere insinuata, pena la nullità per l' eccesso (11). Egli è in tal modo che il patto di donare diventò un patto legittimo, ed è a questo titolo soltanto che abbiamo parlato delle donazioni al capitolo di questi patti. La teoria delle donazioni appartiene propriamente alla parte generale.

II. I patti nudi.

1. Osservazioni preliminari.

Chiamiamo nudi quei patti, i quali, secondo le idee romane, davano vita soltanto a una obbligazione naturale, ma non producevano un vincolo civilmente obbligatorio e garantito da azione. Per dare efficacia civile a questi patti non c' era anticamente altra via se non di vestirli della forma della stipulazione. In processo di tempo, riconosciuti obbligatori i contratti innominati, bastò che la parte che voleva rendere civilmente obbligatorio un patto eseguisse la prestazione cui si era obbligata, perocchè da questo momento la convenzione si trasformasse in un contratto reale innominato. Ripeto però che non bastavano da sè soli a dar vita ad una obbligazione civile. Noi, parlando di questi patti, ci limiteremo ad accennarne alcuni che presentano certe particolarità: la transazione, il compromesso, e i patti aleatori.

---

(10) L. 35 § 5 C. I. h. t.; § 2 I. eod. 2. 7.
(11) L. 36 § 3 C. h. t.; § 2 I. eod.

2. Di alcuni patti in ispecie.

A. *La transazione.*

Tit. D. e C. de transactionibus (2.15 - 2.4).
Glück V. p. 1 seg. **Risch,** der Vergleich nach gem. R. Erlang. 1855. **Schulting,** de transactione super controversiis, quae ex ultimis voluntatibus proficiscuntur (Dissert. 1708 n. 4). **Goldschmidt,** üb. Vergleich nach rechtskräftigen Erkenntnissen (Arch. f. civ. Prax. IX. 5). **Thibaut,** üb. Vergleich gegen rechtskräftige Urtheile (Ibid. VIII. 12. IX. 22). Il medes. Kann ein Vergleich wegen unmässiger Verletzung angefochten werden? (Vers. II. 11). **Vangerow** § 638.

I. La transazione è quel patto con cui una parte promette di rinunciare a qualche pretesa incerta in cambio di una determinata prestazione promessa dall' altra parte.

1. Essa esige dunque in riguardo subiettivo che i transigenti abbiano la capacità di disporre del dato rapporto giuridico; per cui gl'impuberi e i minori, che sono limitati quanto alla capacità di disporre, sono anche limitati nella capacità di transigere (1).

2. In riguardo obbiettivo è necessario:

a. Che la cosa sia dubbia ed incerta (2); per cui una transazione conchiusa dopo terminato irrevocabilmente il processo, *post rem judicatam*, è colpita di nullità, ammenochè non si dubiti dalle parti della esistenza stessa della sentenza che vi ha posto termine (3). Del resto la incertezza può riferirsi tanto all' esito del processo, quanto ad altra cosa.

b. È anche necessario che l' obbietto della transazione sia tale che le parti ne possano disporre. In specialità la transazione tra l'accusatore e l'accusato distrugge le conseguenze penali solo nei delitti privati, purchè l' accusatore non sia stato indotto a rinunciarvi per un vantaggio promesso (4). Ancora,

(1) L. 18 D. de transact. 2. 15.; L. 60 D. de procur. 3. 3.

(2) L. 1 D. h. t. 2. 15; L. 2 C. eod. 2. 4; L. 65. § 1. D. de cond. indeb. 12. 6.

(3) L. 23 § 1 D. de cond. indeb. 12. 6; L. 7. pr. L. 11 D. h. t.; L. 32 C. h. t.; Paul. I. 1. 5; Cod. Greg. lib. I tit. 2. c. 3. 5. 8. 9; Cod. Herm. IV. 3; Cod. Theod. II. 9. 2; Consult. vet. Icti. § 4. 7. 9.

(4) L. 4 § 5. L. 5. 6. § 3. D. de his qui not. 3. 2; L. 54 § 5 D. de furt. 47. 2; L. 1 § 3 D. de calumn. 3. 6.

non è lecito transigere sull'eredità testamentaria di un defunto, finchè il testamento non sia stato aperto (5); e una costituzione di Marco Aurelio proibisce la transazione sugli alimenti lasciati per atto di ultima volontà, ammenochè non venga fatta con la autorizzazione del magistrato, previa cognizione di causa (6). In questa ipotesi una transazione potrebbe facilmente rendere illusoria la benefica intenzione del testatore, e non è dunque da far meraviglia che la legge la proibisca. D'altronde la costituzione di Marco Aurelio trova applicazione soltanto agli alimenti futuri, e non anche agli alimenti arretrati.

c. Occorre finalmente che una parte rinunci a una pretesa e l'altra prometta una prestazione. Una rinuncia senza compenso costituirebbe un atto di liberalità e non una transazione (7).

d. Del resto i principii che valgono per la conclusioue delle convenzioni in generale, sono applicabili in ispecie anche alla transazione. Solo è da notare questa particolarità, che l'errore in cui versasse una delle parti circa la qualità dei rapporti che formano obbietto della transazione, non varrebbe mai ad infirmare la validità della medesima, appunto perchè la sua essenza è di porre un termine a uno stato d'incertezza (8). In quella vece l'errore su di un punto essenziale della questione transatta, e intorno al quale le parti non dubitassero punto, escluderebbe il consenso e per conseguenza annullerebbe la transazione (9); nè altrimenti la violenza e il dolo producevano gli stessi effetti come nelle altre convenzioni (10).

e. Perchè poi la incertezza della pretesa costituisce appunto un carattere essenziale del patto, quinci ne segue che una transazione non può essere impugnata a causa di lesione enorme (11).

---

(5) L. 6 D. h. t; L. 1 § 1 D. testamenta quemadm. aperiantur 29. 3.

(6) L. 8 D. h. t.; L. 8 C. eod.

(7) L. 38 C. h. t; L. 3 C. de repud. hered. 6. 31.

(8) L. 12 D. h. t.; L. 2. 19. 29 C. eod.; L. 65 § 1 D. de cond. indeb. 12. 6; arg. L. 78 § 16 D. ad S. C. Trebell. 36. 1; L. un. C. de err. calculi 2. 5.

(9) L. 36 in f. D. fam. ercisc. 10. 2; L. 42 D. h. t.; L. 3 § 1. L. 12 D. h. t.; L. 56 § 1 D. de cond. ind. 12. 6.

(10) L. 65. § 1 D. de cond. ind. 12. 6; L. 4. 13. 19 C. eod.

(11) L. 78. § 16 D. ad S. C. Trebell. 36. 1; L. 65 § 1. D. de cond. indeb. 12. 6.

Nè le transazioni comportano pentimento e recesso per volere di una parte sola quand'anche il pentimento fosse immediato (12).

II. Quant' è all'efficacia essa è determinata naturalmente dal tenore della convenzione e dalla sua forma. Trattandosi p. e. di una questione litigiosa, la transazione mette termine alla lite ed è pareggiata per questo aspetto alla *res judicata* (13). S' intende però, che la rinuncia non colpisce se non quelle pretese intorno alle quali c' è la intenzione di transigere (14). Ancora s' intende, che la transazione obbliga soltanto gl' individui che l'hanno conchiusa e i loro eredi (15), ma non esercita alcuna influenza sui rapporti giuridici di terze persone (16). Soltanto nel caso che ne fosse obbietto un' eredità e l' erede testamentario e quello intestato transigessero sulla divisione della medesima, eglino non risponderebbero ai creditori del defunto se non in proporzione di queste parti (17).

Effetti speciali occorrono nella transazione penale e nella transazione giurata. Se fosse stata convenuta una pena pel caso del non adempimento del patto, essa potrebbe esigersi da colui il quale non lo adempiesse (18). Se l' obbligo fosse stato validato da giuramento, e la transazione venisse rotta da persona maggiore di età, questa perderebbe in pena ogni pretesa derivante dalla transazione, dovrebbe restituire tutto ciò che avesse ottenuto per essa e sarebbe colpita d'infamia (19).

---

(12) L. 5. 10. 39 C. h. t.

(13) L. 20 C. h. t.

(14) L. 9 § 1 3. D. h. t.; L. 31 C. h. t.

(15) L. 25 C. h t.

(16) L. 3 pr. D. h. t.; L. 29 § 2 D. de inoff. test. 5. 2; L. 1 C. h. t; L. 2 C. inter alios acta vel judicata aliis non nocere 7. 60.

(17) L. 14 D. h. t.

(18) L. 15 D. h. t.; L. 37 C. eod.

(19) L. 41 C. h. t.

B. *Il compromesso.*

Tit. D. de receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant. (4. 8); C. de receptis arbitris (2. 56).

Donelli, comment. XXVIII c. 10-14. **Glück** VI. p. 65 seg. **Heimbach,** nel Rechtslex. di Weiske II. v. Compromiss. **Pfeiffer,** der pract. Gebrauch u. Nutzen der Schiedsgerichte in einzelnen Streitfällen (Giess. Zeitschr. N. S. III. 2). **W. H. Puchta,** das Institut der Schiedsrichter nach sein. heutigen Gebrauche u. seiner Brauchbarkeit Erl. 1823.

I. Premetto un'osservazione, ed è che una cosa litigiosa può venire appianata non solo dal giudice ordinario dello Stato, ma anche da giudici scelti dalle parti, senza alcuno intervento dell'autorità giudiziaria, che, a distinguerli dagli arbitri stabiliti dal pretore, furono detti *recepti arbitri*, *compromissarii judices* (1) o anche *compromissarii* semplicemente (2).

1. A tal uopo però erano necessarie due convenzioni: il *compromissum* e il *receptum arbitrii.* Il compromesso, cioè quella convenzione per la quale le parti si obbligavano di sottoporre la lite alla decisione di un arbitro; il *receptum arbitrii*, cioè quell'altra convenzione conchiusa tra le parti e l'arbitro, in forza della quale questi assumeva la decisione delle lite.

a. Il compromesso era un nudo patto, e quindi non produceva che una obbligazione naturale: Appunto perciò fu detto *compromissum minus plenum*: ma non di rado solevasi adoperare la stipulazione di una pena, pel caso che una parte o l'altra non avesse rispettato il giudizio dell'arbitro (3). Egli era questo un mezzo che serviva indirettamente a dar forza al compromesso, il quale otteneva con ciò un valore giuridico che non aveva per sè medesimo, onde fu anche detto *compromissum plenum.* Così stettero le cose fino a Giustiniano. Una costituzione di questo imperatore stabilì che il laudo, cioè la decisione dell' arbitro, dovesse venir eseguito purchè fosse sottoscritto dalle parti, *laudum homologatum*, o almeno non venisse attaccato nei dieci giorni successivi a quello in cui fu pronunciato. Insomma purchè le parti lo avessero espressamente o tacitamente riconosciuto, il refuttante

(1) L. 41 D. de recept. 4. 8.

(2) L. 5 § 2 C. de recept. arbitrio 2. 56.

(3) Cic. in Verr. 2, 27; Paul. V. 5, 1; L. 3 § 2. L. 11. § 2. 4. L. 13 § 1. L. 28. 32 pr. L. 39. D. h. t; L. 4 § 3 D. de doli mali exc. 44. 4.

poteva essere costretto ad osservarlo mediante un' *actio in factum* (4): ma non per questo possiamo annoverare il compromesso tra i patti legittimi a causa di quelle due condizioni estrinseche a cui Giustiniano ne vincolò l'efficacia civile.

b. In quella vece il *receptum arbitrii* è un patto pretorio. L'accettazione fatta dall'arbitro di giudicare una controversia fra due litiganti lo obbliga a pronunciare siffatto giudizio, e per costringerlo, il pretore accorda alle parti una *in factum actio* (5). Nondimeno trovo che le legge consacra parecchie scuse, per le quali l'arbitro che ha accettato può rassegnare le sue funzioni. Tali sarebbero: se fosse scoppiata una grave inimicizia tra lui ed uno dei compromettenti (6); o l'età, o una malattia, o qualche publica bisogna, o un urgente affare privato lo impedissero dal pronunciare il laudo (7): ma è da avvertire che gli impedimenti passeggieri dell' ultima specie non accordano che una scusa passeggera (8). Ancora, era data licenza all' arbitro di rassegnare le sue funzioni se il compromesso era meno pieno (9).

II. Intorno all'obbietto del compromesso e alla persona dell' arbitro, osserviamo:

1. Che di regola ogni controversia può essere sottoposta alla decisione di un arbitro. Nondimeno ne sono eccettuate: i crimini e i delitti famosi, cioè quei delitti che importano l'infamia (10), le questioni di libertà e ingenuità, e quelle che hanno per obbietto una *popularis actio* (11), o una restituzione in intero (12).

2. Parimenti ognuno può essere arbitro: ma nol possono eccezionalmente: i furiosi, i sordi, e i muti per ragioni fisiche (13), così pure le persone al dissotto di venti anni (14), le donne (15)

(4) L. 4. 5 C. h. t.; Nov. 82 c. 11.
(5) L. 3 § 1. 2. 3. D. h. t.
(6) L 15 D. h. t. L. 9 § 4. 5 fino alla L. 11 pr. D. h. t.
(7) L. 15. D. h. t.
(8) L. 16 D. h. t.
(9) L. 3 § 2. L. 11 § 2-5. L. 12. 13 pr. § 1 D. h. t.
(10) L. 32 § 6. D. h. t.
(11) L. 32 § 7 D. h. t.
(12) L. ult. C. ubi et apud quem 2. 47.
(13) L. 9 § 1 D. h. t.
(14) L. 41 D. h. t.
(15) L. ult. C. h. t.

colui, che fosse parte in causa (16), e il giudice già stabilito per giudicarne (17).

III. I compromettenti possono prescrivere all'arbitro il modo con cui deve procedere: ma in difetto di speciali determinazioni egli deve attenersi alla maniera di procedura praticata nei giudizi ordinari (18).

In specialità l' apertura del laudo deve farsi alla presenza delle parti (19), nel luogo dove il compromesso fu conchiuso (20), e prima che trascorra il termine stabilito, ammenochè il compromesso non accordi all'arbitro la facoltà di prorogarlo (21). Trascorso il termine, le parti non hanno obbligo di rispettarne il laudo (22). Se nel compromesso non era stabilito nulla intorno al termine, l'arbitro stesso doveva determinarlo col consenso delle parti; e se nol faceva, poteva essere obbligato ad ogni istante a pronunciare il suo giudizio (23). L'arbitro che giurava di non essersi per anco potuto formare una chiara idea della cosa, *sibi nondum liquere*, poteva ad ogni modo ottenere una dilazione dal pretore (24).

Se vi sono più arbitri, essi debbono di regola agire in comune, e in ispecie debbono essere tutti presenti nel pronunciare il laudo (25). Le parti però possono anche convenire di stare alla sentenza di tutti e di uno: in tal caso basta il laudo di un solo, e quello che primo fu aperto ha la preferenza (26). Nel primo caso, che è il più ordinario, il laudo è profferito dietro deliberazione presa a maggioranza di voti (27). Essendovi discrepanza circa il *quantum* della condanna, la legge vuole che prevalga la somma minore (28): altrimenti è necessario un *super-*

(16) L. 51 D. h. t.
(17) L 9 § 2 D. h. t.
(18) L. 1 D. h. t.; L. 32 § 15 D. eod.
(19) L. 27 § 4. 5. L. 47. 49 pr. D. h. t.
(20) L. 21 § 10. 11 D. h. t.
(21) L. 25. § 1 L. 32 § ult. D. h. t.
(22) L. 50 D. h. t.; L. 1 C. h. t.
(23) L. 14 D. h. t
(24) L. 13 § ult. D. h. t.
(25) L. 17 § 2. 7. L. 32 § 13 D. h. .
(26) L. 32 § 13 D. h. t.
(27) L. 17 § 6. 7. D. h. t.
(28) L. 27 § 3 D. h. t.

arbiter che viene nominato dagli arbitri stessi, se le parti non l'hanno di già nominato (29). In questo caso la decisione è interamente nelle mani di questo terzo (30). Qui però occorre una particolarità. Può darsi che le parti senza nominare il *superarbiter*, abbiano detto semplicemente, che in caso di discordia di opinione fra i rispettivi arbitri, questi debbano assumerne un terzo. In questa ipotesi è avviso di Ulpiano che il compromesso non tenga, perchè gli arbitri che dissentono nel giudicare la controversia, possono anche dissentire nell'assunzione di quel terzo (31).

IV. Il compromesso finisce prima che sia pronunciato il laudo: quando ambe le parti sono d'accordo nel farlo cessare (32); quando vien meno interamente l'oggetto litigioso si da mettere termine alla contestazione (33); quando uno dei compromittenti muore, ammenochè il compromesso non abbracci anche gli eredi (34); quando muore l'arbitro, e in caso di più arbitri basta a farlo cessare anche la morte di un solo, ammenochè non sia espressamente stabilito il contrario (35); quando uno dei compromettenti cade in concorso (36); o l'arbitro si ritira per motivo plausibile (37), o pronuncia un laudo affetto da nullità.

Il laudo stesso può essere nullo *ipso jure*, o almeno venir impugnato. È nullo *ipso jure*, se l'arbitro oltrepassa, quanto all'obbietto, i limiti del compromesso (38), o lo pronuncia dopo il termine prefisso (39), o impone qualche cosa illecita o disonesta alla parte (40). Invece non è nullo *ipso jure*, ma può venire

(29) L. 17 § 5. 6. D. h. t.
(30) L. 17 § 6. D. h. t.
(31) L. 17 § 5 D. h. t.
(32) L. 32 § 3 in f. § 5 D. h. t.
(33) L. 32 § 5 D. h. t.
(34) L. 27 § 1. L. 32 § 3. L. 49 § 2 D. h. t.
(35) L. 45 D. h. t.
(36) L. 17 pr. D. h. t.
(37) v. più sopra.
(38) L. 32 § 15 D. h. t.
(39) L. 50 D. h. t.; L. 1 C. h. t.
(40) L. 21 § 7 D. h. t.

impugnato: se l'arbitro si è lasciato corrompere da una parte (41), o ha pronunciato il laudo per manifesta inimicizia o per semplice favore verso una parte o l'altra (42). Fuori di questi casi però non è nè nullo, nè impugnabile, quand' anche si basasse sovra ingiusti motivi (43). Gli stessi arbitri non avrebbero facoltà di mutarlo o ritrattarlo (44); e nè tampoco era concesso di appellarne al giudice ordinario (45).

C. *Il patto del giuramento stragiudiciale.*

Tit. D. de jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali (12. 2). C. de rebus creditis et jurejurando (4. 1).

Malblanc, de jurejurando Norimb. 1781. 2 ed. Tub. 1820. **Glück** XIII. p. 178 seg. **Savigny,** VII. § 309-314. **Langenbeck,** die Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigk. II: Lips. 1860 p. 729 seg. 832 seg. **Endemann,** die Beweislehre des Civilproc. Eidelb. 1860 p. 438 seg. **Bethmann-Hollweg** Civilpr. II. 572. 601. III. 287.

I. Il patto del giuramento stragiudiciale è come il *receptum arbitrii* un patto pretorio, e se ne trattiamo qui è solo per la sua analogia col compromesso. Questo patto è una convenzione, per la quale due persone si accordano stragiudicialmente di rimettere la decisione di una lite pendente tra loro al giuramento dell'una o dell'altra, e di avere la cosa giurata come vera (1). Esso dunque suppone sempre una delazione del giuramento: delazione che può farsi tanto da colui che pretende di avere un diritto a colui che lo nega, quanto viceversa da questo a quello; ma siccome suppone sempre una eventuale alienazione, quinci ne segue che la sua validità è sempre condizionata alla capacità di alienazione che ha l' individuo che deferisce il giuramento (2), e può concernere solo a rapporti giuridici che entrano nel dominio dell'arbitrio privato (3). Insomma le con-

(41) L. 31. 32 § 14 D. h. t.; L. 3 C. eod.
(42) L. 32 § 14 D. h. t.; L. 3 C. eod.
(43) L. 27 § 2 D. h. t.; L. 76 D. pro socio 17. 2.
(44) L. 19. § 2. L. 20. 21 pr. D. h. t.
(45) L. 19 pr. D. h. t; L. 1 pr. C. eod.; cf. L. 76 D. pro socio.
(1) L. 1. 17 pr. D. h. t. 12. 2.
(2) L. 35. § 1 D. h. t.; L. 7 C. eod. 4. 1.
(3) L. 3 § 1. 2. 3. D. h. t.

dizioni subiettive e obbiettive del giuramento stragiudiciale sono quelle medesime della transazione.

II. Quant'è agli effetti giuridici, noto innanzi tutto questo, che la parte la quale deferisce il giuramento non può più ritirarsi allorquando l'altra lo ha accettato, perchè coll' accettazione il patto è conchiuso: ma l'accettante non è per nulla obbligato a giurare, e se non giura, egli è come se non fosse stata conchiusa convenzione di sorta. Il patto cioè si risguarda come conchiuso sotto la condizione potestativa del giuramento da prestarsi; e venendo meno la condizione, l'effetto non può essere che questo, che viene meno naturalmente anche la conseguenza vincolata alla condizione medesima, cioè l'obbligo del deferente di rispettare come vero il tenore del giuramento (4).

III. Prestato il giuramento, o se colui che lo ha deferito lo rimette (5), la lite ha un termine come per transazione o *res judicata* (6), e il fatto giurato si considera come verità (7), a segno che neppure la prova dello spergiuro può liberare il deferente dall'obbligo di rispettarlo (8). Ne nasce con ciò un'azione e un' eccezione. Se la persona cui il giuramento vien deferito, giura la propria pretensione, essa può farla valere mediante un'azione, che il pretore le accorda (9), e che sebbene non sia veramente che l'azione derivante dal diritto giurato (10), nondimeno ha questo di speciale che è accordata alla parte senza che questa sia nella necessità di provare altrimenti il suo diritto. Se invece essa giura la propria liberazione da una obbligazione, che l'altra parte pretende a suo carico, può sempre far valere il giuramento prestato con una *jurisjurandi exceptio* (11), la quale distrugge anche l'elemento naturale della obbligazione (12), ed

(4) L. 5 § ult. D. h. t.

(5) L. 5 § ult. L. 6. 9. § 1 D. h. t.

(6) L. 2 D. h. t.

(7) § 11 I. de act. 4. 6; L. 5 § 2. L. 9. § 1 D. h. t.

(8) L. 21. 22 D. de dolo 4. 3; L. 31 in f. D. h. t; L. 1. C. eod.

(9) § 11 I. de act; L. 7 § 7 D. de publ. in rem act. 6. 2; L. 9 § 1. ult. L. 11 § 1. 2 D. h. t.; L. 11 § 3 D. eod.; L. 13 § 3. 4. 5. D. eod.

(10) L. 13 § 3. 4. 5. D. h. t.

(11) L. 7. 9. pr. § 1. D. h. t.

(12) L. 40. 42 pr. D. h. t.; L. 43 D. de cond. indeb. 12. 6; L. 28 § 4-9 D. h. t.

ha efficacia persino contro una *in rem actio* (13). Del resto, trattandosi di negozi bilaterali il giuramento giova non solo a colui che lo ha prestato, ma anche al suo avversario, e procaccia anche a lui un'azione o un'eccezione (14). Invece non giova nè nuoce a terze persone. Esso vale bensì come verità, ma solo tra le parti (15), ammenochè non si tratti di speciali circostanze. Così il giuramento di un *correus debendi* libera anche gli altri (16), come il giuramento che un *correus credendi* deferisce al debitore e che questi presta, vincola parimenti gli altri correi (17). Ancora, il giuramento del reo principale giova ai fideiussori (18); e viceversa il giuramento del fideiussore giova al reo principale, purchè abbia per obbietto la *principalis actio* e non la obbligazione accessoria (19). Ciò accade altresì coi successori anche singolari delle parti, perchè il giuramento nuoce ai successori del deferente, e giova ai successori di colui che ha giurato (20). Nel caso di un peculio profetizio, il giuramento del padre giova anche al *filiusfamilias* (21); e viceversa se il *filiusfamilias* deferisce il giuramento al suo debitore, la prestazione di questo giuramento fa luogo all'*actio de peculio* contro il padre (22). Per simile il giuramento del *defensor* profitta al *dominus* (23), e quasi non occorrerebbe il dire che è ammessa una rappresentanza tanto per la delazione quanto per l'accettazione del giuramento (24). Tutti questi però non sono che casi eccezionali, e resta ferma la regola che la verità del giuramento stragiudiciale

---

(13) § 4 I. de exc. 4. 13; L. 7 § 7 D. de publ. in rem act. 6. 2; L. 11 pr. D. h. t.

(14) L. 13 § 3. 4. 5. L. 30 § 5 D. h. t.

(15) L. 3 § 3. L. 9 § ult. L. 10. 11. § 3 in f. L. 12 D. h. t.; L. 7 § 7 D. de publ. in rem act. 6. 2; L. 1 pr. D. si mul. ventris nomine 25. 6.

(16) L. 28 § 3 D. h. t.

(17) L. 28 pr. D. h. t.

(18) L. 28 § 1 pr. L. 42 pr. e § ult. D. h. t.

(19) L. 28 § 1. L. 42 § 1 D. h. t.; L. 1 § 3. D. quar. rer. actio non dat. 44. 5.

(20) L. 7. 8. 9 § ult. D. h. t.

(21) L. 26 § 1 D. h. t.

(22) L. 22. 26 § 1 D. h. t.; L.; L. 5 § 2 D. de pecul. 15. 1.

(23) L. 9 § 6. L. 42. § 2 D. h. t.

(24) L 9. § 6 L. 17 § 2. 3 D. h. t.

non è verità assoluta, ma relativa. Tra più giuramenti che si collidono vale sempre il posteriore (25).

D. *Il giuoco e la scommessa.*

Tit. D. de aleatoribus (11. 5); C. de aleatoribus et alearum usu (3. 43).

Glück, XI p. 235 seg. **Gans,** üb. Spiele u. Wetten (Beitr. z. Revis. der preuss. Gesetzg. I. p 164 seg). **Thöl,** der Verkehr mit Staatspapieren Gott. 1835 p. 237 seg. 260 seg. **Pfordten,** Abhandl. aus d. Pand. Recht p. 327 seg. **Heimbach,** nel Rechtslex. di Weiske X v Spiel u. Wette. **Wilda,** die Lehre v. Spiel (Zeitschr. f. D. R. II. p. 133 seg.) Il medes. die Wetten (Ibid. VIII. p. 200 seg). **Schwarze** ed **Heine,** Untersuch. prakt. wichtiger Materien Dresda 1841 p. 84 seg. **Vangerow** § 673.

I. Un senatoconsulto proibì di giuocare a denaro salvo nei giuochi di coraggio e di destrezza, o per dirla romanamente in quelli che si facevano *virtutis causa* (1). Trattandosi di giuochi di tal fatta era anche lecito lo scommettere (2); ma in tutti gli altri, non solo chi vinceva non aveva azioni per esigere la vincita, ma ben anco il perditore poteva nei prossimi cinquant'anni ripetere colla *condictio indebiti* quello che avea pagato. Anzi se egli o i suoi eredi trascuravano di giovarsi di questa azione, era lecito al fisco di esercitarla (3). Nè altrimenti erano nulli tutti i contratti conchiusi coll'intendimento di favorire questi giuochi; e in ispecie colui, al quale taluno durante il giuoco aveva venduta una cosa per ottenerne del denaro da giuocare, non aveva alcuna azione efficace per domandarne la garanzia allorquando gli fosse evinta (4). Ancora, le persone che prestavano luogo o commodo al giuoco non avevano azione di sorta onde ottenere l'indennità pei guasti, e nemmeno pei furti patiti in casa loro (5). Il pretore poi minacciò con una pena arbitraria anche colui che costringesse un altro a giuocare (6). Per ultimo gli ecclesiastici

(25) L. 28 § ult. D. h. t.
(1) L. 2 § 1 D. de aleator. 11. 5; L. 3 C. eod. 3. 43.
(2) L. 3 D. h. t. 11. 5.
(3) L. 3 C. h. t.; L. 4 § 1. 2 D. eod.
(4) L. 2 § 1 D. quar. rer. actio non datur 44. 5.
(5) L. 1 pr. § 1. 2. 3 D. h. t.
(6) L. 1 pr. § 4. L. 2 pr. D. h. t.

che prendevano parte a un giuoco proibito, o anche solo vi assistevano come spettatori, dovevano venir sospesi (7).

II. Le scommesse invece erano lecite (8) e molto usate dai Romani. Precisamente v'è una scommessa quando più persone di opinioni discordi convengono che colui, la cui opinione è erronea, debba essere obbligato a una determinata prestazione. Lo scopo adunque è ben diverso da quello dei giuochi di denaro; perchè mentre questi tendono al divertimento e principalmente ad un lucro, la scommessa invece tende a dare una specie di soddisfazione al vincitore; e non farà meraviglia, che essendo diversi i motivi, anche il trattamento legislativo sia diverso. Del resto si suppone che la scommessa non degeneri in un giuoco, vale a dire che sia il resultato naturale di una precedente discrepanza di opinioni, ovvero che si scommetta perchè si è disputato, e non già si disputi solamente per iscommettere. In questa ipotesi la scommessa sarebbe apparente, mentre in verità vi avrebbe un giuoco, e dovrebbero per conseguenza trovare applicazione le regole dei giuochi (9). Oltrecciò conviene naturalmente aver riguardo anche nella scommessa alle condizioni generali delle convenzioni, e quindi s'intende da sè che una scommessa è nulla se fatta per cause disoneste (10), o se il vincitore avesse avuto la certezza dell'evento sul quale scommise ed avesse approfittato della ignoranza dell' altra parte per iscommettere.

Ad ogni modo anche la scommessa è un nudo patto, e non dà vita che ad una obbligazione naturale. Per darle efficacia civile i Romani solevano vestirla della forma della stipulazione, nel qual caso il vincitore sperimentava l'*actio ex stipulatu*, o la trasformavano in un contratto innominato, consegnando cioè la somma scommessa ad una terza persona, da cui il vincitore la ripeteva coll'*actio praescriptis verbis* (11).

---

(7) Nov. 123 c. 10.

(8) L. 17 § ult. D. praescr. verb. 19. 5: arg. L. 3 D. de aleat.

(9) L. 3 D. de aleat.

(10) L. 17 § 5 praescr. verb. 19. 5.

(11) L. 17 § ult. D. praescr. verb. 19. 5.

SEZIONE SECONDA

OBBLIGAZIONI PROVENIENTI DA DELITTO

CAPO PRIMO

Lesione dei diritti patrimoniali.

I. IL FURTO.

Tit. I de obligationibus quae ex delicto nascuntur (4. 1); D. de furtis (47. 2); C. de furtis et servo corrupto (6. 2).

Matthaeus, de crim. 47, 2 p. 59-107. **Klien,** Revision der Grunds. üb. das Verbrechen des Diebstahls I. Nordhaus. 1806. **Erhard,** de furti notione per leges et const. accur. constit. Lips. 1806. **Rosshirt,** üb. den Begriff des röm. furtum u. d. deutschen Diebstahl (N. A. des C. R. III. p. 73-101). **van Imhoff,** de furtis ad XII. tab. et institutiones tum Gaji tum Iustin. Groning. 1824. **Luden,** de furti notione sec. jus rom. Iena 1831. **Dollmann,** die Entwendung Kempten 1834. **Wöniger,** Princip des just. R. v. Furtum Berl. 1838. **Wächter** nel Rechtslex. di Weiske III. p. 354. **Birnbaum,** Beiträge zur näheren Erörterung des röm. Begriffes v. furtum (Arch. des C. R. Nuova Serie 1843 p. 1-26. 149-169). **Rein,** C. R. der Römer 1844 p. 293-326. **Prinz,** de notione furti Berl. 1848. **Marezoll** § l. I. 44. (furtum possessionis) nell'Arch. f. civ. Prax. VIII. 10. 9. **Buchholtz,** üb. den Begriff des possessionis furtum (Abh. n. 26). **Vangerow** § 679.

I. Il furto non fu sempre definito ad un modo. All' epoca delle dodici tavole l'idea n'era ancor vaga, e comprendeva generalmente ogni sottrazione criminosa dell'altrui proprietà coll'animo di fare un lucro, e quindi anche la rapina e alcune specie della frode, che poi ne furono staccate; mentre invece non si conosceva ancora un semplice furto dell' uso e del possesso, e neppure di cose immobili, che sono idee le quali suppongono una maggiore astrazione, quale non si poteva attendere certamente da quegli antichissimi legislatori.

Nondimeno fino dai tempi più remoti si distinguevano varie specie di furto, e innanzi tutto il furto manifesto e non manifesto a seconda che il ladro era o no colto sul fatto, *quod dum fit deprehenditur* (1). Questa era una distinzione di grande importanza pratica, che i giureconsulti non tardarono di sviluppare. Alcuni cioè volevano che il ladro fosse manifesto quando era colto nel

(1) Gai. 3. 184. 185. Paul. II. 31, 2.

luogo dove aveva rubato (2); ed altri vi aggiunsero che doveva ritenersi tale in qualunque luogo fosse colto finchè non avesse portato le cose rubate dove era suo divisamento di portarle, persino se fuggiva gettandole via mentre era inseguito (3). Quest'ultima opinione venne anche comunemente accettata (4). V'era poi la seguente differenza tra il furto manifesto e il non manifesto, che questo per la legge delle dodici tavole non dava luogo che ad un'azione pel duplo (5), mentre quello era punito con pena capitale, e precisamente l' uomo libero andava battuto con verghe e consegnato come *addictus* al derubato e viveva *in nervo atque compedibus*, lo schiavo era precipitato dalla rupe Tarpea (6). Ma non basta. Il ladro manifesto colto di notte poteva essere impunemente ucciso quand' anche non fosse armato nè si fosse messo sulle difese; e parimenti si poteva uccidere di giorno quando si fosse difeso con qualche arma contro colui che voleva arrestarlo (7).

Un' altra distinzione che si faceva dalle dodici tavole era quella del *furtum conceptum* ed *oblatum* che dava vita a due azioni: l'*actio furti concepti* e l'*actio furti oblati*. Chi era stato vittima di un furto e credeva che l'oggetto derubatogli fosse in casa di una determinata persona, poteva forzarne l'ingresso, presentandosi nudo con solo in dosso una cintura *(licium)* e in testa una scodela *(lanx)* tenuta con ambe le mani. Se dietro una perquisizione fatta in questa forma l' oggetto era ritrovato, si diceva che vi era *furti per lancem et licium conceptio* (8), e la persona, presso cui era trovato, veniva condannata alla pena del triplo come ladro manifesto, quand'anche non l'avesse rubato, *quamvis fur non sit* (9). Quant' è all'*actio furti oblati*, era questa un'azione che il proprietario della casa, presso il quale l'obbietto furtivo era

(2) Gai. 3, 184.
(3) Gai. l. c.; L. 7 § 2 D. de furtis 47. 2.
(4) V. anche Paul. II. 31, 2; L. 3. 4. 5 D. h. t.
(5) Gai 3. 190; Festus v. nec p. 162 Müller.
(6) Gai. 3. 189; Gell. XI. 18.
(7) Gell. XI. 8; L. 233. § 2 D. de V. S. 50. 16; L. 54 § 2 D. h. t. 47. 2. L. 9 D. ad leg. Corn. de sicariis 48. 8; L. 4. § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2.
(8) Gai. 3. 192-194; Gell. II. 1; XI. 18; XVI, 10. Glossa Taurinensis ad § 4 I. de obl. ex del. 4. 1.
(9) Gai. 3. 186. 191; Paul. IV. 31. 3. 5; § 4 I. de oblig. ex del. 4. 1.

stato trovato, sperimentava contro chi ve l'avea posto a sua insaputa o gliel'avea dato con la scienza ch'era furtivo: anch'essa al pari dell'*actio furti concepti* importava la pena del triplo, e tendeva a liberare il padrone della casa dalla pena che avea dovuto pagare (10).

II. Tal era la legislazione decemvirale intorno al furto: ma questi severi principii furono in parte mitigati dall'editto pretorio e dalla dottrina dei giureconsulti.

1 Anzitutto gioverà notare alcune differenze relative al concetto del delitto. Anche in questo periodo fino ai tempi dei giureconsulti classici il furto abbracciava la rapina (11); ma oggimai poteva commettersi un furto tanto sulle cose mobili quanto sulle immobili (12), tanto sulla cosa stessa, *furtum rei*, quanto sull'uso (13) e sul possesso (14). Del resto per costituire il delitto erano assolutamente necessarie come per l'addietro due cose:

a. La prava intenzione del malfattore, *dolus malus* (15), *animus furandi* e *furti faciendi* (16), che conteneva tanto la coscienza di prendere una cosa altrui (17), quanto la coscienza di prenderla *invito domino* (18), e doveva essere diretta a fare un lucro, cioè ad accrescere il patrimonio (19).

---

(10) Gai. 3. 187. 191; Paul II. 31, 3. 5. 14; § 4 I. de obl. ex del. 4. 1.

(11) Gell. XI, 18; Gai. 3, 196. 209; Paul. II. 31. 1; L. 225 D. de V. S. 50. 16.; L. 80 § 3 D. h. t.; L. 14 § 12 D. quod. met caus. 4. 2;

(12) Gell. XI. 18; Gai. 2. 51; L. 25. pr. D. h. t; L. 38 D. de usurp. 41. 3; § 7. I. de usuc. 2. 6.

(13) Gai. 3. 196. 197; Gell. 7, 15; L. 40. 54. pr. § 1 D. h. t; L. 5. § 8. D. de commod. 13. 6. L. 46 § 1., L. 48 § 4 D. h. t.; L. 35 D. de usurp. 41. 3.

(14) L. 12 § 2. L. 19. § 5. 6, L. 28. L. 66 pr. L. 85 D. h. t.; L. 36 pr. D. de pign. 13. 7; Gai. 3, 200. 204; Paul. 2. 31. 19.

(15) L. 51 pr. D. pro soc. 17. 2; Gai. 3. 197.

(16) L. 41 § 1 D. ad l. aquil. 9. 2; L. 3 § 18 D. de acqui. vel amitt. 41. 2.

(17) L. 43 § 4 D. h. t.; L. 51 pr. D. de pro soc. 17. 2.

(18) L. 46 § 7. 8. L 48 § 2 D. h. t.; L. 225. D. de V. S. 50. 16; Gai. 3. 196. 198; Gell. XI. 18.

(19) L. 43 § 4. L. 54 § 1 D. h. t; Gell. XI. 18. — L. 41 § 1 D. ad leg. Aq. 9. 2; L. 14 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5; L. 22. L. 39. L. 50. § 4 L. 52 § 20. L. 53. pr. D. h. t.

b. Un fatto esterno detto *contrectatio*, cioè l'appropriazione fisica dell'obbietto la quale doveva corrispondere alla intenzione (20). Quant'è agli ordinatori, consigliatori e aiutatori, essi erano punibili non altrimenti del ladro stesso (21); ma nè il consiglio doveva essere colpito da pena senza un intervento attivo, nè l'aiuto senza prava intenzione (22). I ricettatori erano pur sempre passibili dell'*actio furti concepti* e puniti al pari del ladro.

2. Le pene però furono alquanto mitigate dal pretore. Già le dodici tavole aveano concesso che si potesse di libero accordo sanare il delitto con pecunia, *pacisci* (23); e questa composizione diventò regola a poco a poco, finchè il pretore la fissò nell'editto. Egli cioè stabilì una somma, per cui il derubato poteva essere astretto a desistere dall'*addictio* del ladro, alla quale non si doveva ricorrere oggimai che in sussidio, cioè nel caso che il ladro fosse insolvente (24). Ecco come il furto grazie all'editto del pretore facesse luogo ad una *obligatio ex delicto*, e assumesse con ciò un carattere affatto privato.

L'*addictio* si tramutò propriamente in una azione penale, l'*actio furti*, che importava la pena del quadruplo contro chiunque, o libero o servo, si fosse reso colpevole di furto manifesto, e quella del doppio contro il ladro non manifesto (25). Essa poteva sperimentarsi dal proprietario, dal possessore di buona fede, dall'usufruttuario, dal creditore pignoratizio, dal conduttore ecc. anche dal padre pel figlio, insomma da ognuno *cujus interest rem non perire* o *perdidisse* (26); ma supponeva sempre

(20) L. 1. § 1. L. 52 § 19. L. 67. pr. D. h. t.; L. 53. § 2 D. de V. S. 50. 16; L. 3 § 18. D. de acquir. vel am. 41. 2.

(21) Gell. XI. 18; Cic. de nat. Deor, 3, 30; Paul. II. 31, 10; L. 34. 35. 36 pr. § 2. L. 48 § 1. 2. L. 50 § 1-3. L. 52. pr. § 19. 21. 23. L. 66. § 4. L. 90 § 1 D. h. t; L. 27 § 1 D. ad l. Aquil. 9. 2; L. 11, § 2 D. de servo corr. 11 3; L. 4 § 4 D. de pecul. 15. 1.

(22) L. 53. § 2 D. de V. S. 50. 16; § 11. I. de oblig. ex del. 4. 1.

(23) L. 7 § 14 D. de pactis 2. 14; L. 54 § 5 D. h. t.; cf. Tab. Heracl. I. 36.

(24) Gell. XI. 18.

(25) Gai. 3. 189. 190.; Gell. XI. 18; L. 46 § 2 D. h. t.; § 5. I. de obl. ex del. 4. 1.

(26) Paul. II. 31, 4; L. 10. 11. 14 § 10. L. 49. L. 58. L. 85 D. h. t.; Gai. 3, 203; § 13 I. de obl. ex del. 4. 1.

una onesta cagione, *honesta causa* (27), per cui era negata al possessore di mala fede e al ladro a cui fosse stato nuovamente rubato l'oggetto furtivo (28).

Ancora, fu il pretore che introdusse la *condictio furtiva*, che avendo per iscopo, non già una pena, ma solamente la restituzione o il risarcimento della cosa rubata, appartiene esclusivamente al diritto civile (29).

L'*actio furti concepti* e l'*actio furti oblati* continuarono come prima; ma accanto ad esse vennero anche introdotte due altre azioni: l'*actio furti prohibiti* e l'*actio furti non exhibiti*. La prima corrispondeva ad una perquisizione meno solenne che fu sostituita all'antica, andata un po' alla volta in disuso. Questa nuova perquisizione si faceva d'ordine del pretore da un *praeco* e *servus publicus* alla presenza di testimoni; e il pretore introdusse l'*actio furti prohibiti* contro il padrone di casa che vi avesse frapposto ostacolo (30). L'altra azione era data contro chi non avesse presentata la cosa furtiva cercata e trovata presso di lui (31).

Noto finalmente come il pretore avesse anche speciale riguardo ai furti dei coniugi e ai furti domestici. Egli non permise l'*actio furti* fra i coniugi per non offendere il decoro del vincolo (32); ma nel caso che il furto fosse stato commesso nell'aspettativa di ottenere il divorzio, ammise l'*actio rerum amotarum*, colla quale dopo avvenuto il divorzio, il coniuge derubato domandava la restituzione della cosa coi suoi accessori e pertinenze o il risarcimento del danno (33). Con eguale mitezza furono anche trattati i furti dei figli di famiglia, dei servi, dei clienti e dei liberti; perchè l'azione del furto non era esperibile neppure contro di essi. Infatti non v'avea necessità pel padre

(27) L. 11 D. h. t.

(28) L. 12 § 1 D. h. t.

(29) L. 54. § 3. D. h. t.; § 19 I. de obl. ex del.; tit. D. 13. 1, C. 4. 8. de cond. furt.

(30) Plaut. Poen. III. 1, 52 sqq.; Merc. III. 4. 78 sq.; L. 1 § 2. L. 3. D. de fug. 11. 4; Petron. Sat. 97.

(31) § 4. I. de obl. ex del. 4. 1.

(32) L. 2 D. de act. rer. amot 25. 2.

(33) L. 52 D. h. t.; Tit. D. de act. rer amot. 25. 2 e Cod. rer. amot. 5. 21.

di famiglia di litigare contro il figlio e il servo che lo avessero derubato, se poteva tener giudizio su di essi e punirli a piacimento (34). Eccezionalmente era ammessa l'azione del furto contro il figlio, qualora avesse un peculio castrense (35), o si trattasse di un furto rilevante (36).

III. Resta che diciamo dei mutamenti avvenuti nella dottrina del furto all'epoca degli imperatori, dopo i tempi dei grandi giureconsulti. Noi ne avremo a notare tanto nel momento subiettivo quanto nel momento obbiettivo del delitto, nel processo e nella pena.

1. Se la rapina e alcune specie di frode erano state per l'addietro contenute nel furto, adesso invece esse ne vennero separate; per cui Paolo ebbe a definire questo delitto: *furtum est contrectatio rei fraudolosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* (37). Ancora, fu abbandonata l'opinione più antica che riteneva possibile un furto anche sovra cose immobili (38). Per cui analizzandone più da vicino il concetto, troviamo:

a. Che obbiettivamente è necessaria una *contrectatio rei mobilis*, la quale non può occorrere di regola che sovra cose altrui, sia che si voglia sottrarre la proprietà della cosa, *furtum rei ipsius*, o solamente l'uso della medesima, *furtum usus*, al proprietario. Così a cagion d'esempio ci sarebbe un *furtum usus* quando il creditore pignoratizio o il depositario usassero della cosa loro affidata, o il commodatario ne estendesse l'uso oltre i limiti stabiliti (39). Questa è dunque una categoria del furto: ma oltre al furto delle cose altrui era anche possibile un furto della cosa propria; e occorreva in ispecie quando la cosa si trovava nel giusto possesso d'altro individuo, e il proprietario gliene voleva sottrarre i vantaggi (40).

(34) L. 16. L. 17. pr. D. h. t; L. 11 § 1. D. de poen. 48. 19; § 12. I. de obl ex del. 4. 1.

(35) L. 52. § 4. 5. D. h. t.; L. 4. D. de judic. 5. 1.

(36) L. 11 § 1 D. de poen. 48. 19; L. 3. 4 C. de patr. pot. 8. 47.

(37) L. 31 § 3. D. h. t.; § 1. I. de obl. ex del. 4. 1.

(38) L. 38 in f. D. de usurp. et usuc. 41. 3.; cf. L. 25 D. h. t.; § 7. in f. I. de usuc. 2. 6.

(39) § 6. I. h. t.; L. 40. L. 54 pr. § 1 D. h. t.

(40) § 10. 16 I. h. t.; L. 12 § 2. D. h. t.; L. 20 § 1 D. eod.; L. 53 § ult. L. 59 D. eod.

b. Avuto riguardo al momento subiettivo, la sottrazione vuol essere innanzi tutto premeditata. Non vi è furto se non vi è dolo (41), ed ecco perchè un impubere non può commettere un furto se non è prossimo alla pubertà (42), nè si fa reo di furto chi sottrae altrui una cosa nell'opinione di aver diritto di farlo. Già dissi che il malfattore oltre la coscienza di prendere una cosa altrui, deve anche aver la coscienza di sottrarla *invito domino*, cioè contro la volontà del proprietario. Chi credeva erroneamente di averne il consenso non poteva certo essere colpevole di furto (43), nè vi era furto se il proprietario vi aveva dato il suo consenso, quand'anche il ladro non ne avesse contezza (44), e credesse di agire contro la sua volontà.

Ho anche avvertito che la prava intenzione deve essere più specialmente diretta a fare un lucro. L'*animus nocendi* non basta, ma è necessario che il colpevole abbia la mira di procacciarsi o assecurarsi un vantaggio, insomma l'animo di lucrare (45).

3. Si distinsero poi come per l'addietro due specie di furto: il furto manifesto e non manifesto; e già sappiamo che dicevasi manifesto il furto allorquando il ladro era colto colla cosa furtiva prima che fosse giunto sul luogo dove avea divisato di portarla(46). Si avverta però ch'io dissi colto e non arrestato; perchè a renderlo ladro manifesto non era punto necessario ch'ei fosse preso, come dall'altro canto non bastava neppure che lo si avesse veduto. Precisamente occorreva che colorò i quali lo inseguivano lo avessero veduto con l'oggetto furtivo (47). Ogni altro furto era furto non manifesto.

4. Quant'è alle azioni, è osservabile come tutte quelle che si collegavano colla perquisizione, e quindi l'*actio furti concepti, oblati, prohibiti* ed *exhibiti*, andassero in questo mezzo in disuso, *in dessuetudinem abierunt*, perchè neppure la nuova perquisizione *praesentibus testibus*, sottentrata in luogo di quella più

(41) § 7. I. h. t.
(42) § 20 I. h. t.; L. 23 D. h. t.
(43) § 7. I. de obl. ex del.; L. 46 § 7. L. 76. pr D. h. t.
(44) § 8. I. de obl. ex del. L. 46 § 8 D. h. t.
(45) L. 1 § 3. L. 54 § 1. D. h. t.
(46) L. 3 § 2. L. 4. L. 5. D. h. t.; Gai. 3. 184.
(47) L. 7 § 1. 2 D. h. t.

antica e solenne *per lancem et licium*, venne più adoprata, e i ricettatori di cose furtive furono passibili dell' azione del furto non manifesto (48). Le sole azioni che si trovano nel nuovo diritto sono la *condictio furtiva*, che è un'*actio rei persecutoria*, e l'*actio furti*, che è un'azione penale; intorno alle quali gioverà aggiungere qualche parola.

A. La *condictio furtiva*, che i Romani chiamano più comunemente *condictio ex causa furtiva*, non è a ben guardare una azione *ex delicto*, ma un'azione il cui fondamento è quello generale delle *condictiones sine causa*, il fatto cioè che taluno siasi arricchito senza plausibile motivo colla sostanza di un altro, come nella *condictio indebiti*, nella *condictio causa data causa non secuta* ecc. (49). Del resto non è dubbio che la *condictio furtiva* suppone necessariamente un delitto (50), e vedremo come questa circostanza influisse grandemente sulla teoria della medesima.

Essa spetta al proprietario della cosa furtiva o al suo erede ad esclusione di chiunque altro (51), ed è questa una singolarità del diritto romano, introdotta appunto in odio dei ladri (52), chè altrimenti *nemo rem suam condicere potest*. L'attore adunque vuol essere proprietario, e dev'esserlo ancora al momento in cui produce l' azione, o almeno aver perduto il suo diritto di proprietà involontariamente e per un fatto non suo (53). Del resto la giurisprudenza accordò un' azione analoga, sotto il titolo di *condictio incerti*, anche al creditore pignoratizio, al quale fosse stata rubata la cosa ricevuta in pegno (54).

L' azione stessa si esercitava anzitutto contro l' autore del furto, sia che possedesse o meno l'oggetto furtivo (55), per-

(48) § 4. I. de obl. ex del. 4. 1; L. 14 C. de furtis et servo corrupto 6. 2.

(49) Savigny Syst. 5, 551; Kierulff, Theorie des gem. Civilr. 1, 222; Vangerow 3, § 679.

(50) L. 21 § 5. 6. D. de act. rer. am. 25. 2; L. 36 D. de O. et. A. 44. 7.

(51) L. 1 D. de cond. furt. 13. 1; L. 11. 14. § 16 D. h. t.

(52) § 14. I. de act. 4. 6.

(53) L. 10. § 2. 3. L. 12 pr. § 1. D. h. t.

(54) L. 12 § 2. D. de cond. furt. 13. 1; L. 22. D. de pign. act. 13. 7.

(55) L. 10. pr. § 1 D. de cond. furt.; § ult. I. de obl. ex. del. 4. 1; L. 67 § ult. D. h. t.

sino se la cosa non esisteva più, quand'anche fosse perita per un caso fortuito (56), e oltrecciò contro gli eredi del ladro col medesimo successo come contro il ladro medesimo, cioè *in solidum* e non solamente *in quantum locupletiores facti sunt* (57). Più autori sono pure tenuti *in solidum* senza ricorso, ma in guisa che il pagamento di uno libera gli altri (58). Invece, a differenza dell'*actio furti*, la *condictio furtiva* non può sperimentarsi mai contro gli aiutatori o consiglieri del furto: *si ope et consilio alicuius furtum factum sit, condictione non tenebitur, etsi furti teneatur* (59).

Come azione *rei persecutoria*, la *condictio furtiva* tende unicamente ad ottenere la restituzione della cosa *cum omni causa* (60); nè il ladro può domandare che gli vengano risarcite le spese (61). Ancora, è da tener fermo il principio che *fur semper moram facere videtur*. Per conseguenza egli risponde sempre non solo della colpa ma anche di un caso fortuito (62); e perchè vi si trova in ogni momento, quinci ne segue che deve risarcire il massimo valore della cosa raggiunto dalla medesima dopo il furto (63), qualunque sia il rapporto e qualunque la causa per cui l'aumento ebbe luogo. Quindi se una cosa di poco valore ne avesse nelle mani del ladro ottenuto uno di grande, egli dovrebbe nondimeno risarcire questo maggior valore ch'egli stesso le avea procacciato (64).

Osservo da ultimo che la *condictio furtiva* non è infamante, onde si distingue anche per questo riguardo dall'*actio furti* (65).

B. L'*actio furti* era un'azione penale, essenzialmente diversa per ogni rapporto dalla *condictio furtiva*.

Essa spettava non già al proprietario soltanto, ma ad ognuno

---

(56) L. 8. pr. L. 16. L. 20 D. de cond. furt.; L. 2 C. eod. 4. 8; L. 9 C. h. t.

(57) § 5 I. de obl. ex del.; L. 5. L. 7. § 2. L. 9 D. de cond. furt.

(58) L. 1 C. de cond. furt.

(59) L. 6 D. de cond. furt.

(60) L. 8 § 2. L. 14 § 3. D. de cond. furt.; L. 52 § 14 D. h. t.

(61 L. 13 D. de cond. furt.; L. 1 C. de infantib. expos. 8. 52.

(62) § 19 I. de obl. ex del. 4. 1; L. 8. pr. L. 16. L. 20. D. de cond. furt. 13. 1; L. 67. § 4. D. h. t. 47. 2.; L. 9 C. h. t.

(63) L. 8 § 1. D. de cond. furt.; L. 29 D. rer. amot. 25. 2.

(64) L. 13 D. de cond. furt.

(65) L. 36. D. de O. et A. 44. 7.

che aveva interesse acciocchè il furto non fosse commesso (66), supposta sempre una *honesta causa* e un interesse che non consistesse unicamente in un lucro cessante (67).

Perciò poteva sperimentarsi anche dal possessore di buona fede (68), dal fruttuario ed usufruttuario (69), dal creditore pignoratizio (70), dal conduttore di un fondo fruttifero, riguardo ai frutti non percetti (71), come altresì da tutte quelle persone le quali, in forza di un contratto conchiuso col proprietario, sono obbligate alla custodia nel senso eminente della parola, e rispondono quindi a esso proprietario del furto (72).

L'*actio furti* si dirige non solo contro gli autori del delitto, ma anche contro i complici che vi contribuirono coll'aiuto o col consiglio (73), e tutti ne rispondono solidariamente in guisa che il pagamento di uno non libera punto gli altri (74). Invece gli eredi del colpevole ne vanno esenti (75).

Ha poi per iscopo una pena privata, che trattandosi di un furto manifesto è, come sappiamo, il quadruplo del valore dell'oggetto rubato, e trattandosi di furto non manifesto, il duplo (76). Il valore si desume non dalla vera *rei aestimatio,* ma dall'*id quod interest* (77), e può a seconda delle circostanze essere molto diverso (78). Nella stima però si ha riguardo al massimo valore raggiunto dalla cosa dopo il furto (79).

---

(66) L. 71 § 1. L. 10. L. 85. D. h. t.; § 15 I. de oblig. ex del.
(67) L. 11. L. 12. § 1. L. 14. § 3. 4. D. h. t. — L. 71 § 1. D. eod.
(68) § 17. I. de obl. ex del.; L. 12 § 1 L. 52. § 10. L. 74. D. h. t.
(69) L. 46. § 1. 3. D. h. t.
(70) § 16. I. de obl. ex del.; L. 12 § 2. L. 14. § 5. 7. L. 46. § 4. D. h. t.
(71) L. 14. § 2. L. 26. § 1. L. 82. § 1. D. h. t.
(72) L. 14. § 16. D. h. t.; § 17 I. de obl. ex del.; cf. L. 14. § 3. D. h. t. e § 19 I. de obl. ex del.
(73) L. 50 § 1-4. L. 52. § 19. D. h. t.; § 11. I. de oblig. ex del.
(74) L. 1 C. h. t.; L. 55. § 1. D. de adm. et peric. tut. 26. 7.
(75) L. 1. pr. D. de priv. del. 47. 1.
(76) § 5. I. de obl. ex del.
(77) L. 52 § 28 D. h. t.
(78) L. 27 pr. § 1. 2. L. 32 pr. L. 46 § 1. L. 67. § 1. L. 74. L. 87. D. h. t.
(79) L. 50 pr. L. 67. § 2 D. h. t.

Questa azione, a differenza della *condictio furtiva*, è anche infamante.

Del resto essa doveva mostrarsi insufficiente per più riguardi, parte perchè non corrispondeva nè al maggiore interesse dello Stato cresciuto a poco a poco, nè alle esigenze della publica sicurezza; parte perchè il ladro si trovava spesso nell'impossibilità di pagare il doppio o il quadruplo dell'oggetto furtivo, mentre l'*addictio* non era nè una sufficiente soddisfazione pel derubato, nè un sufficiente castigo pel colpevole; parte finalmente perchè l'azione medesima non poteva essere sempre sperimentata, per es. nella *expilatio hereditatis* e nella *sepulchri violatio*, mentre pure importava che il malfattore fosse punito. Tutte queste circostanze unite assieme fecero sì che il trattamento del furto cessò a poco a poco di essere esclusivamente civile, e in luogo del doppio o del quadruplo si minacciò una pena publica, colla sola restituzione pel derubato. Al qual proposito merita osservazione come già la legge decemvirale collocasse il furto del raccolto tra i crimini publici e lo punisse colla morte (80). L'editto del pretore conteneva pure un' azione popolare *ob sepulchrum violatum*, che poteva essere diretta contro coloro che si erano resi rei di spogliazione di un cadavere seppellito, e il medesimo fatto fu poi sotto gl'imperatori colpito di pena straordinaria (81). Nondimeno egli è principalmente dopo Traiano che veggiamo perseguitate criminalmente e in via straordinaria alcune specie di furto, massime quello commesso nei bagni publici (82), il furto di bestiame (83), la sottrazione di cose ereditarie, *crimen expilatae hereditatis* (84), i *directarii*, cioè i ladri, che introdottisi nelle altrui abitazioni, vi si tenevano celati e poi com-

---

(80) Plin. H. N. 18, 3.

(81) L. 3 § 7 D. de sepulcro viol. 47. 11.

(82) Tit. D. de furib. balneariis. 47. 17; Paul V. 3, 5; Coll. leg. Mos. 7, 4.

(83) Isid. Orig. X. A. p. 1069 ed. Gothofr.; Paul. V. 18, 1; Coll. leg. Mos. tit. XI; Tit. D. de abigeis. 47. 14; Tit. C. eod. 9. 37; L. 1. 3. Th. C. quibus equor. usus concessus est 9. 30.

(84) L. 6 § 6. D. rer. amotar. 25. 2; L. 2. § 1. L. 6 D. expil. heredit. 47. 19; L. 1 D. de effractor. 47. 18.

mettevano un furto (85) e così pure gli *effractores*, cioè i ladri che fanno infrazione per rubare (86), gli *expilatores* (87), i *saccularii* (88), e i ladri notturni (89).

Dal momento però che queste varie specie furono staccate dal furto e punite straordinariamente come crimini, non si tardò a considerare anche tutti gli altri furti, almeno quelli delle cose, come *crimina extraordinaria*, e permettere al derubato di accusare criminalmente il reo *extra ordinem*. Per tal modo ognuno che per l'addietro aveva avuto l'azione potè adesso sperimentare l'*accusatio* (90). Nondimeno v'ebbe pur sempre questa differenza, che nei casi particolarmente contemplati si doveva aver ricorso all'accusa, mentre in tutti gli altri era data piena facoltà al derubato di sperimentare l'azione civile o l'azione criminale estraordinaria (91). Dal momento però ch'egli aveva agito straordinariamente e ottenuta la condanna del ladro, perdeva il diritto di usare dell'azione civile del furto (92).

II. La violenza, *vis et metus*.

1. Violenza corporale.

A. *La rapina, vi bona rapta.*

Tit. I. de vi bonor. raptor. (4. 2). D. vi bonorum raptorum et de turba (47. 8); C. vi bonorum raptorum (9. 33).

Matthaeus, de crim. 47. 2 p. 108-119. **Glave,** de poena rapin. Ala 1771. **Schwarze,** de crimin. rapin. Dresda 1830. **Breitenbach,** das Verbrechen des Raubes nach röm. R. Monaco 1839. **Savigny,** üb. Cic. pro Tullio u. die actio vi bon rapt. (Verm. Schr. III. p. 228 seg). **Keller,** Semestr. L. III. **Rein,** C. R. der Römer p 326 seg

---

(85) L. 7 D. de extr. crim. 47. 11; L. 1 § 2 D. de effract. et expil. 47. 18; Paul. V. 4. 18.

(86) L. 1 § 2. L. 2. D. de effract. 47. 18.

(87) L. 1. pr. D. de effract. 47. 18.

(88) L. 7 D. de crim. extr. 47. 11.

(89) L. 1 D. fur. baln. 47. 17; Coll. VII. 4; L. 16. § 5 D. de poen. 48. 19.

(90) L. 56 § 1 D. h. t.; L. 3 § 1 D. de offic. praef. vigil. 1. 15; L. 15 D. de condict. caus. 12. 6; L. 13 pr. D. de offic. praes. 1. 18; L. 11 § 1 D. de poen. 48 19.

(91) L. 92 D. h. t.

(92) L. 56 § 1 D. h. t.

I. Non trovo che v'avesse in antico alcuna speciale disposizione sulla rapina: ma erano applicabili ad essa parte i principii del furto e parte quelli del *damnum*, a seconda che nel caso concreto vi era o no l'animo di lucrare.

Uno speciale delitto di rapina non fu introdotto che tardi; e non già dal diritto civile, ma dall'editto pretorio. Il pretore Marco Lucullo fu il primo a separarlo dal furto, nell'idea di porre un argine alle violente occupazioni dell'altrui proprietà, che erano venute spesseggiando nel tempo delle guerre civili. Chi amasse di formarsi una giusta idea sugli orrori di quell'epoca può consultare Cicerone (1), e troverà che le espugnazioni di case, le devastazioni di campi, le trucidazioni degli uomini, gl'incendi, le rapine, il sangue erano allora all'ordine del giorno. Appunto per mettere riparo a tanto disordine, ond'era minacciato il consorzio civile e la proprietà privata, Marco Lucullo introdusse una nuova azione, l'*actio vi bonorum raptorum*, colla quale poteva ottenersi il quadruplo del valore dell'oggetto rapito o danneggiato, se esercitata dentro l'anno della rapina o del danneggiamento, e il simplo dopo l'anno (2). E dico avvertitamente della rapina o del danneggiamento, perchè non è vero come si pretendeva dal Cramer, che esistessero in origine due editti separati: l'uno per la rapina e l'altro pel *damnum*, e solo in seguito ne avvenisse la fusione (3). Ancora, osservo che il pretore, a definire più precisamente il concetto della violenza, adoperò la formula: *hominibus armatis coactisve*, e a togliere ogni scusa ai malfattori, ommise la parola *injuria*, che si trovava nel *damnum* secondo la legge Aquilia; dimanierachè ogni violenza commessa da uomini armati o riuniti doveva essere risguardata come delitto di rapina (4).

Intanto, sopravvenuta coll'impero un'epoca di pace, più modificazioni furono fatte all'editto di Lucullo. La parola armati fu tralasciata (5), e la giurisprudenza finì coll'ammettere l'*actio vi bonorum raptorum* anche quando la violenza fosse stata com-

(1) Pro Tull. 8-12.
(2) L. 2 § 13. D. h. t. 47. 8; pr. I. h. t. 4. 2.
(3) Savigny Zeitschr. für gesch. Rechtsw. V. p. 124-130.
(4) Cic. p. Tull. 12. 38. 39. 42 seg.
(5) L. 2. pr. D. h. t.

messa da un solo: *etsi quis unam rem, licet minimam rapuerit* (6). Così l'idea del *damnum* cedette a poco a poco il campo, e non si applicò l'*actio vi bonorum raptorum* se non al caso in cui una cosa mobile altrui fosse stata sottrata violentemente e dolosamente con animo di lucrare. Essa passò in questo modo anche nel diritto giustinianeo (7).

II. La rapina adunque è la sottrazione violenta della cosa mobile altrui eseguita dolosamente con animo di farne un lucro. Sulle cose immobili potevasi commettere una violenta invasione, ma questa costituiva un crimine, che si chiamava della violenza, *crimen vis* (8). Per simile chi riprendeva violentemente una cosa mobile che gli apparteneva, o che credeva appartenergli, era punibile ma non come autore di rapina, perocchè il dolo malo sia un elemento essenziale del delitto in discorso (9). Invece non era punto essenziale il modo della violenza; mentre secondo le idee romane dicevasi rapina ogni furto commesso con violenza, sia che questa fosse o no esercitata sulla persona. Il malfattore poteva essere penetrato a forza in una casa disabitata, e nondimeno sarebbe stato punito come rapitore (10). Dal che ne segue a un tempo che la rapina, sebbene il più delle volte sia un furto manifesto (11), nondimeno può essere anche un *furtum nec manifestum*.

Perchè poi questo delitto non è a ben guardare che una specie particolare del furto, così le azioni che occorrono in generale nel furto, segnatamente la *furti actio* e la *condictio furtiva*, possono trovare applicazione anche alla rapina (12). Nè altrimenti l'*actio vi bonorum raptorum*, che è tutta propria del delitto in discorso, competeva alle medesime persone che le azioni del furto (13), ed era esperibile press' a poco contro gli stessi individui. Soltanto l'erede del rapitore non poteva essere

(6) Gai. 3, 209.
(7) L. 2 § 9. D. h. t.
(8) L. 2 § 1 D. h. t.; L. 1 C. eod.
(9) § 1. I. h. t. 4. 2; L. 7 C. unde vi 8. 4.
(10) L. 52. § 30. D. de furt. 47. 2.
(11) L. 80 § 3 D. de furt.
(12) L. 1. D. h. t.; L. 2 § 26. D. eod.
(13) § 2 I. h. t. 4. 2; L. 2. § 22. 23. 24 D. h. t.

mai perseguitato coll' *actio vi bonorum raptorum* neppure fino all'importo dell'arricchimento (14), e la complicità era giudicata con regole più larghe che non nelle azioni del furto (15). Lo scopo invece era assolutamente diverso. Già dissi che col-l'*actio vi bonorum raptorum* poteva ottenersi il quadruplo, se esercitata entro un anno utile (16), e il simplo dopo l'anno (17); e aggiungo, che era una azione mista, cioè insieme penale e *rei persecutoria.* Per vero dire alcuni pretendevano che si potesse far luogo anche ad una *rei persecutio*: ma nelle compilazioni giustinianee apparisce accettata l'opinione contraria, che cioè la *rei persecutio* si dovesse risguardare come contenuta nel-l'azione (18). Per cui dobbiamo dire, che durante un anno utile l'azione era diretta a ottenere a un tempo il risarcimento e la pena, cioè si esigeva il triplo a titolo di pena, il resto, cioè il simplo, era il valore dell'oggetto rapito; mentre, trascorso l'anno, non si poteva domandare che il risarcimento, cioè il *simplum* (19). Ad ogni modo il quadruplo nell'*actio vi bonorum raptorum* era calcolato sul vero valore della cosa, e non sull'interesse del rapito (20). Quant'è alla concorrenza colle azioni furtive, è osservabile, che trattandosi di rapimento manifesto, l'*actio furti manifesti* era preferibile, perchè con essa si otteneva il quadruplo e poi con la *condictio furtiva* il simplo: ma chi aveva intentata l'*actio vi bonorum raptorum* non poteva poi intentare l'*actio furti manifesti.* Viceversa, trattandosi di rapimento non manifesto, era preferibile l'*actio vi bonorum raptorum*, perchè con essa si poteva conseguire il quadruplo, che non si sarebbe potuto ottenere sperimentando le azioni furtive: nondimeno chi prima aveva intentato l'*actio furti nec manifesti* poteva intentare l'*actio vi bonorum raptorum* per quanto questa era più vantaggiosa di quella (21).

(14) L. 2. § 27. D. h. t.
(15) Cic. pro Tullio 10; L. 2 pr. § 2 D. h. t.; L. 80 § 4 D. d. furt. 47. 2.
(16) L. 2. § 13. D. h. t.
(17) pr. I. h. t.
(18) Gai. 4. 8.; pr. I. h. t.
(19) Pr. I. h. t.
(20) L. 2 § 13 D. h. t.
(21) L. 1. D. h. t.

III. La rapina poteva, col concorso di certe circostanze aggravanti, essere anche punibile come crimine, e precisamente tanto come *vis publica: qui pessimo exemplo convocata seditione villas expugnaverint et cum telis et armis bona rapuerint* (22), quanto altresì come *vis privata: si quis ex naufragio dolo malo quid rapuerit*. Non per questo però erano escluse le azioni civili (23).

Finalmente sotto gl' imperatori, quando venne in moda la punizione straordinaria di parecchi delitti, anche alcune specie di rapina si presero a considerare come *crimina extraordinaria*; e prima nel caso che fosse stata esercitata durante un incendio, chè Antonino Pio la volle severamente punita a seconda della entità dell'oggetto rapito e del rango del rapitore (24).

B. *Gl'interdicta recuperandae possessionis:*

a. *Dell'interdetto unde vi.*

Tit. D. de vi et vi armata (43. 16); C. unde vi (8. 4);

Geiger, Beitrag zur Lehre v. interdictum unde vi u. dem remedium spolii (Giess· Zeitschr. XIII. 10). **Thibaut,** Beiträge zur Lehre v. d. Interdicten (Arch. f. civ. Prax. I. 7). **Fleck,** comment. de interdictis unde vi et remedio spolii Lips. 1797. **Zimmern,** üb. das Verlassen des Besitzes aus Furcht (Unters. n. 7). **Savigny,** Besitz § 40. 43. Il medes. System V. 445. **Bruns,** Besitz § 7. 15. **Machelard,** théorie generale des interdits possessoires Par. 1864 **Bioche,** traité des actions possessoires Par. 1865. **Vangerow** § 690.

I. Anticamente v'aveano due interdetti diversi pel caso di una violenta deiezione (1): l'uno se la violenza era stata esercitata a mano armata, *vis armata*, l'altro per la violenza esercitata senz'armi, *vis quotidiana* (2).

Ecco la formula di quest'ultimo: *Unde tu Numeri Negidi aut familia aut procurator tuus Aulum Agerium aut familiam aut procuratorem ejus in hoc anno vi dejecisti, qua de re agi-*

---

(22) L. 3. § 2 D. ad leg. Iul. vi publ. 48. 6.

(23) L. 2 § 1. D. vi bon. rapt.; L. un C. quando civ. actio 9. 31; L. 3 § 2 D. ad leg. Iul. vi publ. 48. 6; L. 7 C. eod. 9. 12.

(24) L. 1 § 2. D. ad leg. Iul. de vi priv. 48. 7.

(1) Cic. pro Caec. 32.

(2) Cic. pro Caec. 31. 32.

tur, cum Aulus Agerius possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas (3).

Ecco invece la formula dell' interdetto *de vi armata*: *Unde tu Numeri Negidi aut familia aut procurator tuus Aulum Agerium aut familiam aut procuratorem ejus vi hominibus coactis armatisve dejecisti, qua de re agitur, eo restituas* (4).

L' un interdetto si distingueva per più riguardi dall'altro.

1. E prima, trattandosi dell'*interdictum de vi quotidiana*, troviamo inserita nella formula questa eccezione: *cum A. A. possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret*, cioè la eccezione del possesso vizioso: eccezione, la quale non occorre e non può occorrere nell'*interdictum de vi armata*, quantunque anche questo supponga la possessione del *dejectus* (5). Era cioè negli intendimenti del pretore che la *exceptio vitiosae possessionis* potesse venir opposta all'attore nel caso della violenza comune, ma non anche in quello della violenza armata, e siffatta differenza perdurava ancora ai tempi dei giureconsulti classici (6). In processo di tempo però, e forse in seguito alla legge di Valentiniano sulla via di fatto, come opina Savigny, il trattamento più rigoroso della violenza armata venne esteso anche alla violenza quotidiana, e l'eccezione non fu più ammessa nè per l'una nè per l'altra (7).

2. Ancora, l'interdetto quotidiano non poteva di regola venire sperimentato se non entro l'anno, mentre questa limitazione di tempo non esisteva per l'interdetto *de vi armata* (8); senonchè anche questa differenza venne meno col tempo. Nel diritto giustinianeo vale tanto per l'uno quanto per l'altro la prescrizione di un anno, trascorso il quale non potevano più essere sperimen-

---

(3) Lex Thoria c. 7; Cic. pro Tull. 44. 45; pro Caec. 19. 30. 31. 32; Gai. IV. 154.

(4) V. oltre i passi citati, Cic. pro Caec. 8. 21. 22; ad fam. XV. 16; Gai. 4, 155.

(5) L. 1. § 23. D. vi et vi arm. 43. 16; Vat. fragm. § 91

(6) Gai. 4. 154. 155; Paul V, 6 § 7.

(7) § 6 I. de interd. 4. 15.

(8) Cic. ad fam. XV. 16.

tati se non in quanto il deiecente fosse per la deiezione diventato più ricco (9).

Così le due specie furono confuse in un solo inderdetto *unde vi*.

II. Il quale era dato al possessore di una cosa immobile (10), che ne fosse stato espulso con violenza, e precisamente con una *atrox vis* esercitata contro la persona, sia dell'attore medesimo o di un suo rappresentante (11), sia ch'e' ne fosse stato veramente espulso, o fosse solamente impedito a forza dall'entrare nel suo fondo, persino se taluno il teneva a forza nell'immobile coll'intento di rapirgli il possesso. Resta però un dubbio: se colui che per timore di espulsione lasciò l'immobile possa dirsi espulso e abbia quindi diritto all'interdetto? I giureconsulti romani non erano tutti della medesima opinione. Alcuni non ammettevano una *dejectio* se non quando era stata esercitata veramente una *vis corporalis*; altri invece ritenevano che potesse sperimentarsi l'interdetto anche nel caso che il possessore si fosse per fondato timore sottratto colla fuga a un pericolo presente; e altri ancora, battendo una via di mezzo, sostenevano che in quest'ultimo caso occorreva altresì che colui il quale aveva incusso il timore, prendesse veramente possesso del fondo abbandonato. Quest'ultima è l'opinione accettata dal *corpus juris* (12).

Anzi Giustiniano estese l'interdetto anche a un caso in cui gli mancava questa condizione della espulsione violenta; cioè qualora taluno avesse preso a forza il possesso del fondo di una persona assente non posseduto nè da questa nè da altri. Il proprietario aveva in tale ipotesi l'*interdictum unde vi* nonostante che nessuno fosse stato espulso, nè fosse stata esercitata alcuna violenza (13).

Ad ogni modo l'*Interdictum de vi* non poteva sperimentarsi che dal possessore giuridico. Tale almeno era la regola. Il sem-

(9) L. 1 pr. § 39. L. 3. § 1. D. h. t.; L. 2 C. eod.; cf. L. 7. § 5 D. com. divid. 10. 3.

(10) L. 1. § 3-8, L. 3 § 15 D. h. t.; Paul. V. 6 § 5; § 6 I. de interd 4. 15.

(11) L. 1 § 3 D. h. t.

(12) L. 1. § 29. D. h. t.; cf. L. 3 § 6. 7. D. eod; Paul. V. 6 § 4.

(13) L. ult. C. h. t.

plice possesso naturale non faceva luogo all'interdetto se non in via di eccezione, nel caso cioè in cui il detentore non possedeva *nomine alieno*, e anche nessun terzo aveva il possesso di proprietà sulla cosa, dimanierachè non vi sarebbe stato altrimenti alcuno che fosse autorizzato all'azione. Per tal modo la donna la quale teneva in dono qualche cosa dal marito, quantunque non avesse che un possesso naturale sulla medesima, poteva cionondimeno sperimentare l'interdetto (14); ma fuori di questo e simili casi e' non era propriamente accordato che al possessore giuridico.

Poteva poi intentarsi tanto contro il colpevole quanto contro colui che aveva dato l'ordine della aggressione e contro il padrone dei servi che l'avevano commessa (15). La ratiabizione era anche in questo caso pareggiata al mandato (16). I successori singolari invece non vi erano punto tenuti (17), e gli eredi solo in quanto e' si trovassero arricchiti pel fatto del loro autore (18). Dissi già più sopra che l'*exceptio vitiosae possessionis* non era ammessa nel diritto giustinianeo (19).

Lo scopo dell'interdetto era di ottenere la restituzione del possesso e il risarcimento di ogni danno che ne fosse derivato al *dejectus*, in specialità la restituzione delle cose che al momento della espulsione fossero andate perdute (20), e di tutti i frutti sì *percepti* che *percipiendi* (21). Non potendo venir restituita la cosa, andava prestato l'interesse (22); e il reo rispondeva non solo della colpa ma altresì del caso, qualora il danno fosse di tal natura che senza la violenta aggressione non si sarebbe avverato o almeno non avrebbe colpito l'attore (23). Per

(14) L. 1 § 9. 10. D. h. t.

(15) Cic. pro Tull. 44; L. 1. pr. § 10-20; L. 3. § 10-12; L. 4. 16 D. h. t.; L. 152 § 1. D. de reg. jur.

(16) L. 1 § 14 D. h. t; L. 3 § 10 D. eod.; L. 152 § 2 D. de reg. jur.

(17) L. 3 § 10 D. uti possid. 43. 17.

(18) L. 1 § ult.; L. 2. L. 3. pr. L. 9. pr. D. h. t.

(19) § 6. I. de interd. 4. 15.

(20) L. 1. pr. § 32-38 § 40 L. 19. pr. D. h. t.

(21) L. 1. § 40 D. h. t.; L. 4 C. eod.

(22) L. 1. § 42; L. 6., L. 15. D. h. t

(23) L. 1 § 34. 35. D. h. t; L. 19 D. eod.; L. 14. § 11. D. quod metus causa 4. 2.

la fissazione del danno spettava a questi il giuramento Zenoniano, che come sappiamo era una specie del *juramentum in litem.*

L'interdetto però non aveva piena efficacia che per un anno. Trascorso questo termine e' non era accordato se non in quanto il reo fosse diventato più ricco, *in quantum ad eum pervenit* (24). Soltanto nel caso che, il possesso fosse stato occupato violentemente durante l'assenza del possessore, l'interdetto era efficace anche dopo trascorso l'anno (25).

Del resto l'*interdictum unde vi* perdette buona parte della sua importanza grazie a quella costituzione di Valentiniano III, per la quale chi s'impadroniva a forza di una cosa mobile o immobile era sempre obbligato a restituirla, e perdeva oltrecciò il suo diritto di proprietà se la cosa gli apparteneva, o altrimenti doveva pagarne la stima (26).

---

b. *Dell'interdetto de precario.*

Tit. D. de precario (43. 26); C. de precario et Salviano interdicto (8. 9).

Stockmann, de precario Lips. 1774. **Vogel,** de precario Gott. 1786. **Bickell,** de precario Marb. 1820. **Degener** üb. den Begriff d. Precar. Lips. 1831. **Kritz,** üb. d. precarium (Samml. von Rechtsfällen I. 14). **Schmidt,** das commodat. u. precarium Lips. 1841 **Bulling,** das precarium Lips. 1846. **Savigny,** Besitz § 42. **Vangerow** § 691.

I. Premetto alcune considerazioni sull'idea del precario.

Il Savigny disse già che il precario ha nelle fonti del diritto romano tutta l'aria di un'enigma. Infatti non si può spiegare che un uomo libero possa dimandare la precaria concessione di una cosa che non ha stabilità di godimento nè garanzia per la rifusione delle spese, senza supporre un serio sviluppo pratico in un'epoca in cui i rapporti di diritto sono già chiaramente precisati e definiti. A quanto pare, il precario non si sarebbe applicato in origine che agli immobili (1), e secondo una ingegnosa ipotesi (2) che presenta un grande carattere di probabilità, sa-

(24) L. 1. pr. § 39. D. h. t.; L. 4 D. de interd. 43. 1.
(25) L. 1 C. si per vim 8. 5.
(26) L. 7 C. unde vi 8. 4.
(1) Isidoro, Origines. V. 25; L. 4 pr. D. h. t.
(2) Niebuhr R. G. II. p. 359-360; Savigny Der Besitz § 12.a 42.

rebbe stato un modo di sfruttamento dell'agro publico. I patrizi e i nobili avevano l'uso di lasciare ai loro clienti, dietro loro dimanda, una parte delle possessioni prese sull'agro publico, a segno che Festo fà derivare le parole *patres*, *patricii* appunto da quest'uso, *quia agrorum partes attribuebant senioribus (perinde) ac liberis propriis* (3). Il rapporto che ne derivava non aveva il carattere di una obbligazione civile: l'indole stessa delle relazioni risultanti dal patronato si opponeva a ciò, perchè tra il patrono e il cliente esisteva come un rapporto di famiglia simile a quello che legava il padre ai figliuoli. La concessione adunque non era risguardata che come una semplice condizione di fatto, come un favore che il patrono poteva far cessare a piacimento (4); ma d'altronde neppur egli aveva un'azione civile pel caso che il cliente avesse rifiutata la restituzione dell'immobile, e fu duopo che il pretore venisse in suo soccorso, accordandogli un interdetto con cui potesse ricuperare il possesso del fondo. Tale fu appunto l'*interdictum de precario;* e il vantaggio che procurava cotesta istituzione la fece poi applicare anche ad altre ipotesi.

Così il precario ottenne una parte importantissima e ben spiegata dai giureconsulti romani come accessorio di altri contratti, per es. in seguito alla fiducia e al pegno, dove servì a preparare l'introduzione della ipoteca. Il creditore cioè a cui era stata mancipata una cosa perchè gli servisse di garanzia reale coll'obbligo di remanciparla in avvenire (fiducia), consentiva frequentemente di abbandonarne a titolo precario al debitore il possesso e l'uso (5), e più tardi veggiamo la medesima concessione farsi dal semplice creditore pignoratizio (6). Non altrimenti trovo che il venditore soleva lasciare precariamente la cosa al compratore fino al pagamento del prezzo; e forse la combinazione del precario colla vendita preparò il così detto privilegio del venditore (7).

(3) Festus v. patres.

(4) L. 8 § 3. L. 14. D. h. t.; L. 1 pr. § 2. L. 2 § 2. L. 15 pr. D. eod.

(5) Cai. 2, 60; Isid. Orig. V. 5.

(6) L. 6 § 4. L. 11. D. h. t. et passim.

(7) L. 20 D. h. t.; L. 13 § 21. D. de act. emt. 19. 1; L. 11. § 12. D. quod vi 43. 24.

Una parte analoga ebbe anche il precario combinandosi col contratto di locazione. Risulta cioè da Ulpiano che sebbene la locazione e il precario puro sieno incompatibili, nondimeno e' possono esistere insieme purchè la *precarii rogatio* sia fatta dal conduttore non *ut possideat* ma *ut sit in possessione* (8). Il conduttore non potendo ottenere la qualità di possessore, non poteva neppure essere ammesso a esercitare in suo nome gl'interdetti possessori. Tanto è chiaro; ma potrebbe chiedersi: a che serviva una *precarii rogatio* all'effetto, non già di possedere, ma d'essere in possessione *custodiae causa?* Non serviva a nulla, credo, finchè durava il contratto: ma i rapporti nati dalla *precarii rogatio* sussistevano in modo indefinito tra le parti fino a revoca formale, e non erano estranei neppure ai loro eredi. Il conduttore, il quale riceveva questa concessione in forza della semplice grazia del locatore, vi attingeva la speranza della prolungazione illimitata del rapporto di locazione: una garanzia morale in difetto di una legale; mentre invece la tacita riconduzione nel contratto puro di locazione supponeva sempre che un nuovo assentimento fosse stato dato e rinnovato a ogni spirare del termine. Così stavano le cose ai tempi di Ulpiano: ma già un secolo dopo una costituzione degli imperatori Valentiniano e Valente adoperava la parola possessori precari nel senso che l'adoperiamo anche oggidì, per indicare coloro che non possono acquistar mai per prescrizione la proprietà della cosa che posseggono (9). Perchè la lingua giuridica sia giunta a fissarsi in questo senso è pur duopo che, posteriormente all'epoca di Ulpiano, la combinazione del precario e della locazione abbia di giorno in giorno presa una maggiore importanza.

Infine l'istituzione diventò generale. Ogni concessione del possesso o dell'uso di una cosa, anche mobile (10), o di un *jus in re* (11), colla riserva di poterla revocare ad arbitrio fu detta precario, perchè fatta ordinariamente dietro domanda dell'acci-

(8) L. 10 D. de aquir. poss. 41. 1.
(9) L. 2 C. de praescr. trig. 7. 39.
(10) L. 14. pr. D. h. t.
(11) L. 15 § 2 D. h. t.; L. 3. D. eod.; L. 12 § 2 D. de usufr. 7. 1.

piente (12). Essa non era considerata punto come un rapporto contrattuale (13), e non ne nasceva alcuna obbligazione nè per colui che dava la cosa nè per colui che la riceveva. Il *precario dans* non poteva essere obbligato: *quum totum hoc ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit* (14); ed ecco perchè non poteva avervi un'*actio contraria*, per es. per le spese fatte; e ciò che più importa, la cosa data poteva essere revocata a piacimento (15), persino nel caso che vi fosse un contratto il quale limitasse la durata del precario a un dato tempo (16). D'altra parte, giusta la primitiva idea di questo rapporto, anche il *precario accipiens* non era punto obbligato (17). Egli non aveva tra le altre alcuna obbligazione di usare diligenza (18), e nè tampoco quella di restituire la cosa. Il *rogatus* che avesse voluto ricuperarne il possesso, non poteva valersi in origine che della vindicazione; e solo in processo di tempo ciò ebbe a mutarsi. La negata restituzione fu considerata dapprima come un maleficio, e il pretore venne in soccorso del *rogatus* accordandogli l'*interdictum de precario* (19). Più tardi la giurisprudenza scoperse nel precario gli elementi dei nuovi negozi consecrati da Aristone, e vi applicò l'*actio praescriptis verbis* (20): allora fu riconosciuto che il *rogans* sia obbligato anche contrattualmente alla restituzione della cosa (21), e il *rogatus* ebbe la scelta tra le due azioni.

II. L'interdetto *de precario*, per dir ora più particolarmente di questo, compete al concedente o al suo erede (22) contro colui che tiene la cosa precariamente e ne rifiuta la restituzione, sia che l'abbia ottenuta dietro sua domanda o dietro domanda di

(12) L. 1. pr. D. h. t; L. 2. § 3. L. 3. D. h. t.
(13) L. 14 D. h. t.
(14) L. 8. § 3. D. h. t.; L. 14 D. eod.; L. 1. §. 1 D. eod.
(15) L. 1. pr. § 2. L. 2 § 2. L. 15 pr. D. h. t.
(16) L. 12. pr. D. h. t.
(17) L. 14 D. h. t.; L. 14. § 11 D. de furt. 47. 2.
(18) L. 8. § 3. 6. D. h. t.
(19) L. 2 pr. D. h. t.
(20) L. 2. § 2. D. h. t; L. 19 § 2. D. eod.
(21) L. 23 D. de R. I.
(22) L. 2 § 2; L. 12 § 1. D. h. t.

un terzo (23). Invece, quant'è all'erede, convien distinguere. Certo è che l'interdetto non può venire sperimentato contro l'erede come tale, vale a dire *ex persona testatoris*, se non *in quantum ad eum pervenit* (24): ma se il concedente avesse revocata la licenza dopo che il possesso della cosa era passato all'erede, e questi ne avesse rifiutata la restituzione? Alcuni giureconsulti erano d'opinione, che l'interdetto non fosse applicabile neppure in questo caso (25); altri, che potesse sperimentarsi, purchè il precario fosse stato a conoscenza di lui (26); ed altri ancora volevano che ne rispondesse *ex sua persona*, non altrimenti che se egli medesimo avesse ricevuta la cosa a titolo precario (27). Il diritto del codice si accorda con questa ultima opinione (28), che possiamo considerare come accettata da Giustiniano.

L'interdetto, e l'*arbitrium* che vi si collega, tende alla restituzione della cosa *cum omni causa*, e quindi coi frutti, a datare dall'*interdictum redditum* (29). Il reo da questo momento risponde anche della colpa (30), mentre pel tempo anteriore non è tenuto che pel dolo (31). L'interdetto conserva la sua validità anche dopo l'anno (32).

---

(23) L. 4. § 2. L. 6. § 1. D. h. t.
(24) L. 8. § ult. D. h. t.
(25) L. 12. § 1 D. h. t.; Paul. V. 6. § 12.
(26) L. 11. D. de div. temp. praescr. 44. 3.
(27) L. 8 § ult. D. h. t.
(28) L. 2. C. h. t.
(29) L. 2 pr. L. 8. § 4. D. h. t.
(30) L. 8. § 6. D. h. t.
(31) L. 1. pr. D. h. t.; L. 23 D. de. R. I. 50. 17.
(32) L. 8. § 7. D. h. t.

2. Violenza morale.

Actio quod metus causa. Metus exceptio.

Tit. D. quod metus causa gestum erit (4. 2); C. de his quae vi metusve causa gesta sunt (2. 20).

Klien, ueb. das Wesen der prätorischen Restitution, insonderheit der Wiedereinsetzung wegen erlittenen Zwanges u. daraus entstandener Furcht (Arch. f. civ. Prax. I. 16). **Schneider,** die subsidiar. Klagen des R. R. Rostock 1834 sez. II. c. 3. **Rudorff,** üb. die Octavianische Formel (Zeitschr. f. g. R. W. XII. 3). **Schmidt,** civil. Abh. n. I.

Abbiamo già discorso altrove della violenza e della importanza di essa nella dichiarazione della volontà; e sappiamo oggimai quali condizioni supponga questo maleficio. È necessario cioè, che taluno abbia intrappreso un atto giuridicamente importante, indottovi da altra persona per timore (1); che questo timore sia particolarmente qualificato, cioè ingiusto, di maggior entità, tale da fare impressione anche in una persona seria, e incusso a bella posta; e finalmente l'atto giuridico intrappreso a forza deve ridondare a danno del suo autore (2). Supposto ciò ne deriva una speciale obbligazione *ex maleficio*, che può farsi valere parte con una azione parte con una eccezione.

1. L'*actio quod metus causa*, di cui già conosciamo lo svolgimento storico, può sperimentarsi da colui, al quale fu incusso il timore o dal suo erede (3):

a. Contro la persona che lo ha esercitato, sia che ne abbia avuto un vantaggio o no (4), e più rei ne rispondono solidariamente uno per tutti (5), gli eredi solo in quanto si sieno arrichiti (6).

b. Contro colui al quale giovò il timore nelle sue conseguenze senza badare se ne abbia avuto colpa o contezza; in specialità contro il possessore di una cosa estorta a forza, quand'anche fosse in buona fede (7).

(1) L. 1 D. h. t.
(2) L. 12. § 2. L. 14. pr. D. h. t.
(3) L. 14. § 2. L. 16 § 2. D. h. t.
(4) L. 14. § 5. D. h. t.
(5) L. 14 § ult. L. 15. D. h. t.
(6) L. 16. § 2 — L. 20. D. h. t.
(7) L. 9. § ult. L. 10. pr. L. 14. § 3. 5. D. h. t.

È osservabile che il violentato può attenersi a sua scelta ad ambidue; ma dopo avere sperimentata l'azione contro di uno non potrebbe sperimentarla efficacemente anche contro l'altro se non pel residuo (8).

Lo scopo dell'azione è innanzi tutto la completa restituzione di ciò che l'attore ha perduto colla violenza *cum omni causa* (9.) La restituzione stessa può essere di fatto o di diritto, o l'una e l'altra secondo che la perdita concerne a rapporti di fatto o di diritto. A cagion d'esempio trattandosi del possesso di una cosa, dovrà essere restituito appunto questo possesso con tutti i frutti *percepti* e *percipiendi,*; e solo il possessore di buona fede era liberato da questi ultimi, come altresì dall' interesse nel caso che gli fosse impossibile di dare la cosa principale (10). Se invece fosse stata alienata una proprietà, o perduto o costituito un *jus in re* o assunta o perduta una obbligazione, insomma se la perdita concerneva a un rapporto giuridico, questo stato di cose ottenuto colla violenza voleva esser tolto nuovamente nella forma del diritto, *contrarius actus* e simili, e in ciò consisteva il *restituere* (11). D'altronde s' intende da sè, che anche l'attore doveva fare la restituzione di tutto ciò che avesse ricavato grazie al negozio in discorso (12).

Un'ultima osservazione. L'*actio quod metus causa* è un'azione arbitraria nel senso stretto della parola. Alla condanna del reo precede sempre un *arbitrium de restituendo;* ma in caso di contumacia egli è condannato nel quadruplo dell' interesse purchè l'azione venga intentata *intra annum utilem*. Passato l'anno, anche la condanna non va che al *simplum* (13), ned è accordata che sussidiariamente e *causa cognita* (14); chè trattandosi di azione *in rem scripta*, il commercio potrebbe a lungo andare esserne soverchiamente turbato.

2. Anche l'*exceptio metus* competeva sì alla persona che avesse

---

(8) L. 16 pr. D. h. t.

(9) L. 9. § 7. D. h. t.

(10) L. 14 § 5. 11. D. h. t.; cf. L. 4 C h. t.; L. 21. §. 2. D. h. t.

(11) L. 9. § 7. L. 10 L. 14 § 9. D. h. t.

(12) L. 3 L. 4 C. h. t.

(13) § 27. 31. I. de act. 4. 6; L. 14. § 1. D. h. t; L. 4 C. eod.; cf. L. 14 § 3. 9. D eod.

(14) L. 14 § 1. 2. D. h. t.; L. 4 C. eod.

conchiuso un negozio sotto la impressione del timore nel caso che ne fosse domandata la esecuzione (15), e sì al suo erede (16); nè altrimenti poteva essere opposta tanto a colui che aveva esercitata la violenza quanto a ogni terzo che cercasse di ottenere l'adempimento del negozio mediante la sperimentata azione (17).

III. La frode e il raggiro.

1. Il dolo. *Actio doli*; *in factum actio propter dolum*; *exceptio doli.*

Tit. D. e C. de dolo malo (4. 3 — 2, 21).

Häsel, üb. das Wesen u. den heutigen Gebrauch der actio u. exceptio doli (Arch. f. civ. Prax. XII. 20). **Schneider,** die subsidiar. Klagen Sez. II. c. 2.

Il dolo è un maleficio da cui deriva una speciale obbligazione, che per diritto pretorio vien fatta valere parte con azioni e parte col mezzo di una eccezione. Le azioni che ne provengono sono *l'actio doli* e una *in factum actio propter dolum;* l'eccezione porta il nome di *exceptio doli.*

1. Intorno allo svolgimento storico dell' *actio doli* abbiamo detto altrove quanto basta. I suoi requisiti sono:

Prima di tutto la esistenza di un dolo; che si prende spesso nel significato di frode (1), ma abbraccia anche ogni malizioso danneggiamento di un' altra persona nei suoi diritti o nell'obbietto di essi (2). D' altronde è notabile che quando ambedue le parti sono in dolo si fa luogo a compensazione tra il dolo dell'una e il dolo dell'altra, osservando Marciano: *si duo dolo malo fecerint invicem de dolo non agent* (3). Occorre anche che il

(15) L. 9. § 3. D. h. t.

(16) L. 7 § 1. D. de exc. 44. 1.

(17) L. 4 § 33. D. de doli mali et metus exc. 44. 4.

(1) L. 7. § ult. L. 8. L. 9. § 2. L. 18. § 3. L. 20. § 1. L. 23. L. 38. L. 39 D. h. t. 4. 3.

(2) L. 19 L. 34. L. 35. D. h. t.; L. 16. § 1. D. de praescr. verb. 19. 5.

(3) L. 36. D. h. t.

danno sia di qualche entità (4); e finalmente che la parte lesa non abbia altra azione per rimediarvi. Propriamente l'*actio doli* non concorre elettivamente se non con l'*actio quod metus causa* (5), e con l'*actio praescriptis verbis* (6); ma fuori di questi due casi eccezionali essa non può venire sperimentata che in sussidio. Il pretore non intese di porgere un rimedio se non per quelle circostanze in cui una manifesta disonestà sarebbe stata altrimenti inaccessibile al braccio della giustizia e il danneggiato non avrebbe avuto altro mezzo per riparare al danno. Perciò dette a questa azione fin dalle prime il carattere di azione sussidiaria, e si riserbò anzi nel singolo caso una speciale *causae cognitio* per ammetterla o no (7). Egli sapeva che le condizioni di tale azione non potevano essere determinate in generale così esattamente da bastar solo una giusta subsunzione e una operazione logica nel singolo caso.

L'azione spettava al danneggiato e al suo erede contro colui che fosse colpevole del dolo (8). Più rei di dolo ne rispondono solidariamente; uno per tutti (9). Gli eredi non sono responsabili pel dolo del loro autore, nè il principale pel dolo del suo sostituto se non *in quantum ad eos pervenit* (10). Siccome però l'azione è infamante, così non viene accordata ai figliuoli contro i genitori, nè ai liberti contro i patroni, nè alle persone di basso stato contro le alto locate, nè alle persone vili, come al lussorioso o al prodigo, contro quelle di buona fama (11): ma la morte di una parte toglie questo impedimento (12).

Lo scopo dell'azione è il *restituere*, precisamente come nell'*actio quod metus causa*; e come questa, è un'azione arbitraria in senso stretto. Il reo peraltro che non obbediva all'ordine del giudice di restituire la cosa, non era già condannato nel qua-

(4) L. 9 § ult. L. 10. L. 11 pr. D. h. t.

(5) L. 14 § 13. D. quod met. causa 4. 2; Paul. I. 8. § 2.

(6) L. 15 L. 16 § 1. D. praescr. verb. 19. 5.

(7) L. 1 § 1. 4 sqq. L. 2 sqq. D. h. t.; L. 9. pr. § ult. L. 13 § 1 D. eod; L. 25. L. 38. L. ult. D. h. t.

(8) L. 8 L. 9 § 2. L. 19. L. 35. L. 39. D. h. t.; cf. L. 15. § 3 D. eod.

(9) L. 17. pr. D. h. t.

(10) L. 17 § 1. L. 26. L. 27. L. 28. D. h. t. — L. 15 pr. § 1. 2. D. eod.

(11) L. 11 § 1 D. h. t.

(12) L. 13 pr. D. h. t.; cf. L. 29. D. eod.

druplo, come nell'*actio quod metus causa* ma solamente alla prestazione dell'interesse (13). Invece una conseguenza della condanna era sempre l'infamia, purchè l'azione fosse stata sperimentata contro la persona stessa del colpevole (14).

La sua durata era per l'editto un anno utile, poi per una costituzione di Costantino un biennio continuo (15). Questa limitazione però non valeva che in quanto l'azione era infamante e diretta al *solidum*. Perciò era sempre perpetua contro gli eredi, i quali, come dissi, non erano obbligati che *in quantum ad eos pervenit* (16)

2. L'*actio in factum* in cui dovevasi fare menzione della buona fede, anzichè del dolo, faceva le veci dell'*actio doli* in alcuni casi in cui questa non ostante la esistenza del dolo, non poteva venire intentata o nol poteva almeno efficacemente; cioè contro quelle persone che per la loro posizione non erano passibili dell'azione del dolo (17), e allorquando questa era esclusa per essere trascorso il biennio (18). L'*actio in factum* si distingueva anche in ciò dall'*actio doli*, che andava solamente fino all' importo dell'arricchimento (19) e non era infamante.

3. L'*exceptio doli* può essere si generale che speciale. In un senso generale viene adoperata per indicare ogni eccezione la cui esistenza è conosciuta all'attore (20). Di questa non parliamo qui: ma ci limitiamo a discorrere della eccezione speciale; e osserviamo innanzi tutto che l'idea, la quale ne forma il fondamento è molto più ampia che non l'idea dell'*actio de dolo*.

La eccezione del dolo può venire opposta dapprima in tutti quei casi di dolo che potrebbero offrir materia all'*actio doli* (21): ma trova a un tempo applicazione anche contro colui che domanda qualche cosa, che, pur ottenendola, dovrebbe restituire (22);

(13) § 31. I. de act. 4. 6; L. 18 pr. § 1. 4. D. h. t.
(14) L. 29. D. h. t.
(15) L. ult. C. h. t.
(16) L. 28. L. 29. D. h. t.
(17) L. 11 § 1. L. 12. D. h. t.
(18) L. 28. D. h. t.
(19) L. 11 § 1. L. 12. L. 28. D. h. t.
(20) L. 2 § 5. D. h. t.
(21) L. 2 pr. D. h. t.; L. 36 D. de V. O. 45. 1.
(22) L. 8 D. h. t.

oltrecciò contro chiunque il quale, pur venendo esaudito, si arricchirebbe in modo contrario ad equità a spese del reo (23), e perfino qualora vi fosse una contraddizione tra la domanda dell'attore e le altre dichiarazioni da lui fatte a vantaggio del reo (24).

Veggiamo adunque come la eccezione del dolo sia molto più ampia che non l'*actio doli* quanto a requisiti. Lo stesso dicasi della sua applicazione.

La eccezione del dolo è attiva *in rem* e passiva *in personam*. È attiva *in rem*: vale a dire può venir opposta da ogni interessato, quand' anche il dolo non sia stato commesso contro di lui, *neque enim queritur adversus quem commissus sit dolus;* ma d'altra parte è passiva *in personam*, cioè non può venire opposta che alla persona dell'ingannatore, *queritur.... an in ea re dolo malo factum sit a parte actoris*, o anche: *exceptio doli personam complectitur ejus qui dolo fecit* (25).

Nondimeno so che era data anche contro l'erede (26): anzi persino un successore singolare, il quale avesse sperimentata l'azione *ex causa lucrativa*, era passibile della *exceptio doli* al pari del suo autore (27). So eziandio che in date circostanze era ammessa cotesta eccezione *ex dolo tutoris vel procuratoris* (28); e già dicemmo altrove che il cessionario deve accettare l'eccezione anche *ex persona cedentis*. Tutti questi però non sono che casi eccezionali.

Osservo da ultimo che l'*exceptio doli*, a differenza dell'*actio doli*, non è infamante, e quindi era data anche contro quelle persone, per le quali l'*actio de dolo* appunto per questo motivo era esclusa. D'altronde, siccome la parola dolo contiene pur sempre qualche cosa di offensivo, era inculcato ai figli, che volessero valersi di questa eccezione contro i loro genitori, di limitarsi ad accennare il fatto, evitando quella parola (29).

---

(23) L. 7 § 12; L. 9 pr. § 1. D. de A. R. D. 41. 1; L. 4 § 4. 9. D. h. t.

(24) L. 2 § 6. L. 4. § 12. D. h. t.

(25) L. 2 § 2. D. h. t.; L. 4 § 33 D. eod.

(26) L. 6 D. de exc. 44. 1.

(27) L. 4 § 27-31. D. h. t.

(28) L. 4 § 17. 23. 24. 25. D. h. t.

(29) L. 4 § 16. D. h. t.

2. Diritti relativi alla procedura giudiziaria.

A. *La calunnia.*

Tit. D. de calumniatoribus (3. 6).
Glück V. p. 386 seg.

Vi avea calunnia quando taluno riceveva del denaro sia per intentare un processo ingiusto o per desisterne. Se il denaro gli era stato dato per intentare il processo, *ut negotium faceret,* colui che n'era minacciato aveva contro l'accipiente una *in factum actio de calumnia* che deriva la sua origine dall'editto pretorio, e se sperimentata entro il giro di un anno utile dava diritto al quadruplo della prestazione ricevuta, altrimenti al simplo (1). Se invece la prestazione era stata fatta da un terzo per stornare il processo, *ne calumniae causa negotium faceret,* colui in danno del quale il processo era stato condotto aveva l' azione penale suddetta contro l'accipiente; ma anche il terzo, che aveva dato il denaro, poteva sperimentare alla sua volta la *condictio ob turpem causam* e domandarne la restituzione (2). Se la parte medesima o altri in suo nome aveva dato il denaro all' avversario perchè desistesse dal processo, essa durante l'anno aveva la scelta tra la *condictio ob turpem causam* e l'*actio de calumnia*: trascorso l'anno non aveva che quella (3). Del resto l'azione era limitata sempre alla persona dell'interessato, e non passava attivamente agli eredi (4). Contro l' erede non poteva essere sperimentata se non *in id quod ad eum pervenit* (5).

B. *L'impedimento frapposto alla comparsa in giudizio.*

Tit. D. ne quis eum qui in jus vocabitur vi eximat (2. 7).
Glück, III. p. 421 seg.

Noi distinguiamo due casi:

1. Può darsi che taluno impedisca a forza un *in jus vocatus* dal seguire l'attore; e allora questi ha contro di lui un'azione

(1) L. 1 pr. D. h. t.
(2) L. 5. § 1. L. 7 pr. D. eod.
(3) L. 5 § 1. D. eod; Basiliche 60, 1. 5; Fabr. VII p. 15 sqq.
(4) L. 4 D. eod.
(5) L. 5 pr. D. eod.

in fatto tendente a una pena pecuniaria, il cui importo è pareggiato al valore della cosa controversa secondo l'estimazione dell'attore medesimo (1). Si suppone che la *in jus vocatio* sia stata fatta legittimamente (2); ma non è punto necessario che si tratti di cosa effettivamente giusta (3). Ad ogni modo la comparsa deve essere stata veramente impedita (4). Più rei rispondono ciascuno separatamente (5). L'azione è data anche agli eredi purchè vi abbiano interesse; ma invece non è ammessa punto contro gli eredi, e si estingue in un anno (6). Essa è meramente penale e non libera mai l'*in jus vocatus* (7).

2. Se l'*in jus vocatus* ha prestato garanzia *judicio sistendi causa*, e un terzo impedisce dolosamente lui o il suo attore dal comparire entro il termine stabilito davanti al magistrato, il pretore accorda all'impedito una azione in fatto contro questo terzo per la prestazione dell'interesse (8). Più rei rispondono solidariamente, in modo che la prestazione dell' uno libera gli altri (9).

L'azione spetta eziandio all'erede, ma non può venire sperimentata contro l'erede del colpevole se non in quanto *ad eum pervenit* (10); ed è limitata al giro di un anno (11).

C. *Le alienazioni fatte allo scopo di difficultare il processo.*

a. *Alienatio judicii mutandi causa facta.*

Tit. D. e C. de alienatione judicii mutandi causa facta (4. 7 - 2.55)
Glück VI p. 54 seg. **Schmid,** de litigiosarum rerum alienatione Iena 1840 p. 84 seg.
Ubbelohde, ist die actio in factum ob alienat. judicii mutandi causa factam ein subsid. Rechtsmittel? (Vierteljahreschr. di Haimerl IV p. 257 seg.).

(1) L. 1 pr. L. 4 pr. L. 5 § 1. 2 D ne quis eum 2. 7.
(2) L. 1 § 2. L. 2. L. 3 pr. § 1 D. eod.
(3) L. 4 § 1; L. 5 § 1 D. eod.
(4) L. 5 § 2. D. eod.
(5) L. 5 § 3. D. eod.
(6) L. 5 § 4. D. eod.
(7) L. 5 § 3 fl. D. eod.
(8) L. 1 pr. § 1. 2. 4. 6; L. 3 pr. § 2. 4. D. de eo per quem 2. 10
(9) L. 1 § 4 D. eod.
(10) L. 1 § 5. 6. D. eod.
(11) L. 1 § 6. D. eod.

Chi fa un alienazione tra' vivi per difficultare all'avversario un giudizio futuro dando a tal uopo un'altra forma al processo relativamente alla propria parte, è reo di dolo, e l'editto accorda un particolare aiuto al danneggiato.

Teniamo però fermo, che occorre una vera alienazione tra' vivi, sia che questa si riferisca al diritto su di una cosa o alla semplice trasmissione del possesso (1); mentre invece l'editto non trova applicazione alle alienazioni in causa di morte (2), come non sarebbe applicabile allorquando la cosa venisse abbandonata senza alienazione, perchè a dirla colle parole di Ulpiano; *haec enim verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, non est vituperanda, sed ejus duntaxat, qui, cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subiiciat* (3).

L'alienazione poi vuol essere fatta in vista di un processo imminente: *futuri judicii causa, non ejus quod jam sit*, cioè prima della contestazione della lite (4).

Ancora, deve avere per iscopo di rendere all'avversario più malagevole il processo (5); e lo scopo stesso deve corrispondere alla intenzione, ovverosia avervi effettivamente un' interesse per l'avversario a che l'alienazione non fosse fatta (6).

Ma qual'è veramente l'aiuto che l'editto accorda al danneggiato?

Distinguiamo. O l'alienazione fu fatta da colui che nel processo avrebbe dovuto essere attore, e il reo può rifiutarsi di accettare il processo col nuovo acquirente (7); o fu fatta da colui che nel processo avrebbe dovuto sostenere la parte di reo, e il danneggiato ha un'*actio in factum restitutoria* ed arbitraria per la prestazione dell'interesse (8). La quale però è limitata a un anno utile (9), e come azione *ex delicto* non può venire speri-

(1) L. 4 § 2. 4.; L. 8. § 2. D. h. t.
(2) L. 8 § 3. D. h. t.
(3) L. 4 § 1 D. h. t.
(4) L. 8 § 1 D. h. t.
(5) L. 1 pr. L. 4. § 1. 3. 4. L. 8. § ult. fino alla L. 10 pr. D. h. t.
(6) L. 4 § 5. D. h. t.; L. 1 § 1 fino alla L. 3 § 3; L. 4. pr. L. 11. L. 12 D. h. t; L. 3 § ult. L. 8 § 4. D. h. t.
(7) L. 11. L. 12 D. h. t.
(8) L. 1 pr. L. 3. § 4. L. 4 § 5 D. h. t.
(9) L. 6 D. h. t.

mentata contro l'erede che *in quantum ad eum pervenit* (10). Precisamente l'*arbitrium* è diretto alla reintegrazione della *pristina judicii causa* (11), e la condanna all'interesse (12).

Avverto però che l'azione dovette perdere molta della sua importanza pratica quando il senatoconsulto Iuvenziano sancì il principio che anche colui *qui dolo possidere desiit* fosse passibile della *rei vendicatio*.

---

b. *Alienatio in fraudem creditorum facta.* *Actio Pauliana e interdictum fraudatorium.*

Tit. D. quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur (42. 8); C. de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienata sunt (7. 75).

Weber, von der Paulianischen Klage wegen Verpfänd. (Klagen u. Einreden n. 7 p. 71 seg). Il medes. nella Giess. Zeitschr. VI p. 131 seg. **Francke,** üb. d. Zulässigk. der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungsstatt (Arch. f. civ. Prax. XVI. 5. 10). **Laspeyres,** üb. Anfechtung v. Zahlungen mit der actio Pauliana (Ibid. XXI. 2). **Huschke,** P. Rutilius Rufus od. A. F. P. R. u. interdictum fraudatorium (Giess. Zeitschr. XIV. 1). **Forti,** dell'azione Paulliana e revocatoria (Trattati di giurisprudenza). **Windmüller,** die Anfechtung simulirter u. sonstiger Veräusserungen Berl. 1854. **Fitting,** ist die actio pauliana durch vorausgegang. Concurseröffnung bedingt (Arch. f. civ. Prax. XLIX): **Rome,** de l'action paulienne en droit romain et en droit français Abbeville 1867. **Vangerow,** § 697.

Havvi un' *alienatio in fraudem creditorum facta*, se un debitore prima ancora del concorso diminuisce con un atto giuridico il suo patrimonio in danno dei creditori e coll'intendimento di danneggiarli. La legge adunque esige che concorrano le condizioni seguenti:

1. Ci dev'essere un atto giuridico *(gestum)* per parte del debitore, che può consistere sibbene in un aumento del patrimonio passivo, e quindi nell'assumere una obbligazione (1), come altresì nella diminuzione del patrimonio attivo, sia che il debitore abbia alienato e trasferito un suo diritto di proprietà, o costituito sovra di essa dei diritti reali, massimamente una

---

(10) L. 4 § ult. fino alla L. 7 D. h. t.
(11) L. 8 pr. D. h. t; cf. L. 3. § 5 D. eod.
(12) LL. citt.; cf. L. 3 § 3. 4 D. h. t.
(1) L. 3 pr. D. h. t. 42. 8.

ipoteca (2), sia che abbia semplicemente rinunciato a un diritto qualunque, quand'anche la rinuncia si facesse senza atto positivo e per sola ommissione. L'Editto non concerne unicamente colui *qui aliquid fecit ut desinat habere quod habet*, ma anche colui *qui non fecit quod debet facere* (3); per esempio chi lasciava usucapire una cosa od estinguere una servitù od un credito col non uso, o colla *praescriptio temporalis* ecc. (4). Invece non bastava la semplice ommissione di un acquisto possibile e neppure la ommessa detrazione della quarta falcidia (5). Non bastava nè anche il pagamento di un credito esigibile quand'anche avesse per effetto di diminuire il patrimonio in danno degli altri creditori, nemmeno se il creditore pagato aveva conoscenza dello stato del debitore (6), purchè avvenisse prima dell'apertura del concorso (7). D'altronde il fisco era privilegiato in ambi i casi (8).

2. Ad ogni modo la diminuzione vuol essere fatta coll'*animus fraudandi*, ovverosia il debitore deve aver saputo di agire in danno dei creditori (9). Questa intenzione vuol essere provata; ma il più delle volte risulterà dall'insieme delle circostanze e dalla conoscenza che il debitore aveva del suo stato economico e degli effetti dalla sua azione (10).

3. Parimenti si suppone che anche l'accipiente sia partecipe della frode (11); nè si prescinde da questa condizione se non in due casi: qualora l'alienazione sia fatta a titolo lucrativo, perchè il donatario è passibile di azione non ostante che versi in buona fede, in quanto e' sia diventato più ricco (12), e qualora tra i creditori danneggiati ci sia il fisco (13).

---

(2) L. 10 § 13. L. 22 D. h. t.
(3) L. 3 § 2. L. 4 D. h. t.
(4) L. 1 § 2. L. 2, L. 3. § 1. 2. L. 4 L. 5. L. 17. pr. L. 18 D. h. t.
(5) L. 6 pr. § 1-4; L. 19. L. 20 D. h. t.
(6) L. 6. § 6. 7. D. h. t.; L. 24 fin. D. eod.
(7) L. 6 § 7. L. 10. § 16. D. h. t. Vangerow § 697.
(8) L. 18 § 10; L. 21; L. 45 pr. D. de j. fisci 49. 14.
(9) L. 1 pr. L. 10 pr. L. 15 D. h. t.
(10) L. 17 § 1. D. h. t.
(11) L. 10 § 2 D. h. t.
(12) L. 6 § 11. 13 D. h. t., L. 5 C. eod.
(13) L. 18 § 10. L. 21 D. de jure fisci 49. 14.

4. È anche necessario che la frode abbia avuto un effetto, o per dirla in altri termini che l'atto del debitore sia veramente ridondato a danno dei creditori (14).

5. Per ultimo si suppone, che il fatto sia avvenuto in un tempo in cui il debitore poteva ancora disporre del suo patrimonio, perchè ogni posteriore alienazione era nulla *ipso jure* senza bisogno di una speciale azione.

Ammesso però che concorressero tutte le condizioni suaccennate, i creditori potevano domandare la rescissione degli atti fatti dal debitore in frode dei loro diritti coll'azione Pauliana (15), che esisteva probabilmente fin dai tempi della Repubblica (16), o coll'*interdictum fraudatorium*, il quale non differiva forse dall'*actio Pauliana* se non pel modo della procedura (17).

Noi aggiungiamo alcuna cosa sull'azione Pauliana.

E anzitutto per ciò che ne concerne i subietti, essa competeva unicamente ai creditori danneggiati e ai loro eredi (18), ma non anche al debitore che alienò la cosa od agli eredi di lui (19). Era poi accordata contro a colui a vantaggio del quale era stata fatta l'alienazione, purchè avesse partecipato alla frode (20): ma non lo era contro l'accipiente, che aveva agito di buona fede, se non *ex lucrativa causa*, e anche allora solo in quanto e' si fosse arricchito (21). Gli eredi non ne erano mai passibili che *in id quod ad eos pervenit* (22), e così pure il reo, che non sapendo della frode, aveva contratto col mezzo di un rappresentante (tutore e procuratore), a cui era nota, non ne rispondeva che *in quantum ad eum pervenit* (23). Sussidiariamente poteva l'azione venire sperimentata anche contro il debitore che aveva fatto l'alienazione, qualora cioè la restituzione

(14) L. 10 § 1 pr. L. 15 D. h. t.
(15) Theoph. ad Inst. IV. 6. 6; L. 38. § 4 D. de usur. 22. 4.
(16) Cic. ad. Attic. I. 1.
(17) L. 67 § 1. 2 D. ad S. C. Trebell. 36. 1; L. 96 pr. D. de solut. 46. 3.; L. 1 C. Th. de integri restit. 2. 16.
(18) § 6 I. de act. 4. 6; L. 10 § 1; L. 15; L. 16. L. 25. D. h. t.
(19) L. 4 C. h. t.
(20) L. 1 pr. L. 10 pr. § 2-4 D. h. t.
(21) L. 6 § 11. 13 D. h. t.; L. 5 C. eod.
(22) L. 10 § ult. L. 11 D. h. t.
(23) L. 6. § 12; L. 10 § 5 D. h. t.

non potea ottenersi in altra maniera (24); ma naturalmente essa non profittava ai creditori, che allorquando il debitore avesse migliorata la sua condizione.

L'azione tendeva a ottenere la restituzione delle cose nello stato in cui si trovavano prima della frode. In altri termini, il reo doveva restituire tutto ciò che senza l'avvenuta alienazione si sarebbe trovato nel patrimonio del debitore, compresi i frutti e gli interessi (25), salvi i casi suaccennati in cui non rispondeva che dell'arricchimento. Dall'altro canto poteva anche domandare la restituzione di ciò che aveva dato in cambio al debitore purchè e' si trovasse ancora *in bonis* (26).

La piena efficacia dell'azione era limitata a un anno utile, il quale cominciava a decorrere dal giorno in cui il concorso era terminato, cioè dalla *venditio bonorum* (27). Passato l'anno il reo non rispondeva che dell'arricchimento (28).

---

3. *Actiones in factum per delitti di falso.*

A. *Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.*

Tit. D. quod falso tutore auctore gestum esse dicetur (27. 6).

Se taluno gerisce come tutore di un altro e sapendo di non esserlo, quindi *dolo malo,* accorda la sua *auctoritas* nei negozi giuridici conchiusi dal pupillo con una terza persona, egli ne risponde ad essa con un' *actio in factum* diretta al pieno risarcimento (1). L'azione medesima dura un'anno utile e non può venire sperimentata contro gli eredi (2).

(24) L. 1 pr. L. ult. § ult. D. h. t.; L. ult. C. h. t.

(25) L. 10 pr. §. 20. 22. 23. L. 14. L. 25 § 4 D. h. t.; L. 38 § 4 D. de usur.

(26) L. 7. 8 D. h. t.

(27) L. 1 pr. L. 6 § ult. L. 10. § 18. D. h. t.

(28) L. 10 § 24 D. h. t.

(1) L. 7 L. 8 D. Quod falso tutore 27. 6.

(2) L. 9 D. eod.

B. *Si mensor falsum modum dixerit.*

Tit D. si mensor falsum modum dixerit (11. 6.)
Donelli, comment. XVI. c. 8 § 13. **Rudorff** nella Zeitschr. f. g. R. W. X p. 422 seg.

L'arte dei mensori o geometri o ingegneri, che vogliano chiamarsi, di quelle persone cioè le quali si occupavano della misurazione delle terre e simili, era considerata come un' arte liberale dai Romani, e quindi se prestavano i loro servigi a taluno, questa non era una locazione o altro contratto, ma un semplice atto di favore. Nè la cosa cambiava aspetto se il mensore riceveva una rimunerazione, perchè questa non era considerata come mercede ma come onorario, e non vi aveva alcuna obbligazione contrattuale nè da una parte nè dall'altra (1). Era dunque necessaria una speciale determinazione dell'editto perchè il mensore potesse essere responsabile nel caso che avesse indicata una falsa misura, e ciò accadde con un *actio in factum* (2), che, sebbene abbia per iscopo il risarcimento del danno, non è azione contrattuale ma azione *ex maleficio*.

Essa suppone peraltro più condizioni.

Il mensore deve non solo avere indicata una misura falsa (3): ma deve anche averlo fatto con dolo o colpa lata (4). Oltrecciò è necessario che ne sia derivato un danno (5); e finalmente che il danneggiato non possa in altro modo ottenerne il risarcimento (6).

Attore è sempre il danneggiato, sia ch'egli stesso o un altro abbia incaricato il mensore di fare la misurazione (7). Più mensori ne rispondono in solido, uno per tutti (8); ma invece non può sperimentarsi l'azione contro l'erede (9). In modo analogo essa

(1) L. 1. pr. § 1. D. h. t. 11. 6.
(2) L. 1 pr. D. h. t.
(3) L. 1 pr. L. 5 § 2. L. 6. L. 7. pr. § 1. D. h. t.
(4) L. 1 § 1 D. eod.
(5) L. 3 § 1. D. eod.
(6) L. 3 § 2. 3. L. 5 § 1 D. eod.
(7) L. 3. § 1. 4. D. h. t.
(8) L. 3 pr. D. h. t.
(9) L. 3 § 5 D. h. t.

è data anche contro colui che senza essere mensore ha fatto una misurazione, e contro il tabulario che avesse sbagliato nei conti (10).

IV. I DANNEGGIAMENTI

1. *Damnum injuria datum. Actio legis Aquiliae ed actio in factum.*

Tit. I. e C. de lege Aquilia (4. 3 - 3. 35); D. ad legem Aquiliam (9. 2).

Matthaeus, de crimin. 47. 3. p. 120-137. **Donelli,** comment. XV. c. 27. **Noodt,** ad legem Aquiliam lib. sing. nelle opere I. p. 135 seg. **Glück** X p. 366 seg. **Hagemeister,** welchen Einfluss hat das zwischen dem Beschädigten u. dem Beschädiger vorhandene Obligationsverh. auf die Zulässigk. der Klage aus der Lex Aquilia (Magaz. f. R. W. u. Gesetzg. di Grolman III. 6). **Löhr,** Theorie der Culpa Sez. II. p. 81 seg. **Hasse,** Culpa p. 71 seg. **Elvers,** de culpa p. 118 seg. **I. op den Hooff,** diss. sistens doctrinam Ictorum Rom. de damno injuria dato Trai. ad Rh. 1817. **Vollgraf,** de lege Aquilia Marb. 1820. **Madai,** die pract. Bedeutung der L. 17 pr. D. ad leg. Aquil. (Arch. f. civ. Prax. XXVI. 8. 3) **Rein,** C. R der Römer p. 338 seg. **Busch,** Beiträge zur Lehre vom damnum injuria datum (Arch. f. civ. Prax. XLV p. 139 seg.) **Vangerow** § 681.

I. Già le dodici tavole avevano riconosciuta la necessità di risarcire il danno cagionato con un fatto illecito: ma tutte coteste disposizioni della legge decemvirale, che per la più parte si riferivano alla agricoltura (1), e altre *leges de damno*, furono derogate poi dalla *lex Aquilia* (2) probabilmente al tempo della terza secessione della plebe, cioè nell'anno 467 di Roma (3).

Questa legge conteneva tre capitoli.

Il primo disponeva, che quegli, il quale anche solo colposamente, *injuria*, aveva ucciso uno schiavo altrui od un quadrupede da gregge, *pecus*, come buoi, pecore, capre, cavalli, asini, muli o maiali, dovesse pagare al proprietario il maggior valore che quella cosa aveva avuto nell'anno antecedente al delitto (4).

---

(10) L. 7 § 2. 4 D. h. t.

(1) Dirksen, tav. IX. 8-11; Plin. H. N. 17. 1; 18. 3; 28. 2; Servius ad Virg. Elog. 8. 99.

(2) L. 1. pr. D. h. t. 9. 2.

(3) Theoph. IV. 3, 15; Scholia ad Basilica 60. 3. 1.

(4) Gai. 3, 210.-214; L. 2 pr. D. h. t.

Il secondo dava un'azione contro l'*adstipulator*, il quale in frode dello stipulante avesse liberato il debitore, rimettendogli il debito mediante accettilazione (5). Questo capitolo però andò in disuso colla istituzione degli *adstipulatores* (6), e senza la scoperta delle istituzioni di Gaio non se ne conoscerebbe il tenore.

Il terzo finalmente contiene tutti gli altri danneggiamenti di bestie o cose altrui, cagionati colla distruzione o lesione della cosa, *ceterarum rerum.... si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria*, ed obbliga l'autore del fatto a pagare il maggior valore che la cosa avesse avuto negli ultimi trenta giorni (7).

Queste disposizioni furono poi estese dalla dottrina e dalla pratica anche a molti casi nei quali non ricorrevano gli estremi della *lex Aquilia:* ma in luogo di trasformarla in modo diretto con una più facile e larga interpretazione delle condizioni legali, si ricorse all'arbitrio e all'imperio del pretore perchè secondo il bisogno applicasse nel singolo caso la legge conforme il suo spirito, valendosi dei soliti rimedi delle azioni utili od *in factum*. Per tal modo la teoria legale dell'*actio legis Aquiliae (directa)* rimase separata, presso i Romani, dalla estensione pretoria della medesima *(utilis* e *in factum actio);* e noi pure ne parleremo separatamente.

II L'azione diretta.

1. Noi consideriamo dapprima la natura esterna del fatto a cui essa trova applicazione.

a. Il danno deve innanzi tutto essere conseguenza di un fatto positivo. Una semplice ommissione non è ingiusta e illecita se non quando l'ommittente era per un legame giuridico obbligato a fare ciò che ommise di fare, e allora questa ommissione autorizza a sperimentare l'azione nascente dal contratto. Invece noi non siamo punto obbligati *a priori* a fare qualche cosa per un altro, e per conseguenza non possiamo lederlo ommettendo checchessia (8). Ecco perchè una semplice ommissione

(5) Gai. 3, 215.

(6) L. 27 § 4 D. h. t.; § 12. I. eod.

(7) L. 27 § 5. 13 D. h. t.; Gai 3, 217; § 3 I. h. t. — Gai 3, 218. § 15 I. h. t.; L. 29. § 8 D. h. t.

(8) L. 13 § 2 D. de usufr. 7. 1; L. 27 § 9 D. h. t.

non basta perchè si possa sperimentare l'azione della legge Aquilia: ma s'intende che può rendere taluno responsabile di un danno dato con ingiuria, purchè si colleghi con un fatto, non importa se lecito o illecito, eseguito in antecedenza (9).

b. Il danno doveva pure essere arrecato *corpori*, cioè alla sostanza della cosa altrui; ond'è che i termini della legge Aquilia non ricorrevano quando taluno per compassione o malizia scatenava uno schiavo o un animale altrui e il faceva fuggire (10); o quando un bottaio, lavorando una botte piena di vino, la ledeva in modo che questo ne uscisse (11); o quando taluno raccoglieva i frutti maturi di un altro, o tagliava la legna matura (12), o beveva l'altrui vino, o si cibava del grano altrui (13), ec. ec. Insomma era necessaria sempre una lesione corporale e sostanziale, un *dammum corpori datum*, un *corpus peremtum* o *laesum*.

c. Ancora, il danno doveva provenire direttamente dal corpo della persona del danneggiatore, *corpore suo* (14).

Ecco perchè le parole *qui occiderit* del primo capitolo della legge Aquilia andavano intese solamente dei casi di uccisione più o meno immediata, mentre colui che aveva cagionato soltanto indirettamente la morte di un servo o di un animale, *qui mortis causam praestitit*, non poteva cadere sotto la sanzione della legge (15). Era dunque uccisore nel senso della *Lex Aquilia* colui che colle mani o con un'arma uccideva un servo o un animale altrui, o lo feriva in modo che ne derivasse la morte senz'altra causa indipendente, o con una spinta gli cagionava una caduta mortale, o lasciava cadergli adosso un corpo grave di maniera che ne rimanesse morto o ferito mortalmente (16), o gli passava sopra col cavallo, colla carrozza e simili (17), o lo operava male, o

(9) L. 8 pr. D. h. t.; § 6. I. h. t. — L. 27 § 9. L. 30 § 3. L. 31 D. h. t.; § 5 I. h. t.

(10) § ult. I. h. t; cf. L. 7 § 7 D. de dolo 4. 3.

(11) L. 27 § ult. D. h. t.

(12) §§ 25-27 ibid.

(13) L. 30 § 2 D. h. t.

(14) L. 51 pr. D. h. t.; § ult. I. h. t.

(15) L. 51. L. 11 § 1. L. 49 pr. L. 7 § 6. L. 6 pr. D. h. t. § ult. I. h. t.

(16) L. 7 § 1. 2. 5. 7. 8. L. 9. § 4. L. 11 § 3. 4 D. h. t.

(17) L. 8 § 1 D. h. t.; § 8 I. eod.

dopo operato ne trascurava la cura (18). Trattandosi di medicamenti si distingueva di già se il medico o la levatrice li avessero dati e applicati o solamente ordinati o consigliati (19). Invece non vi era uccisione del senso della legge Aquilia allorquando taluno teneva chiuso il servo o l'animale altrui finchè non fosse morto di fame (20), o toglieva gli abiti a un servo sicchè gelasse (21) o aizzava il cavallo allo schiavo che lo cavalcava sì da farlo precipitare col cavaliere in un fiume, o spaventava l'altrui animale che datosi alla fuga si fosse fracassato le membra cadendo in un precipizio, o tirava un servo in un aguato dove un terzo lo uccideva (22), o spingeva una terza persona adosso a uno schiavo sì da farlo cadere morto (23), o lo teneva fermo perchè un terzo lo potesse uccidere (24), o somministrava un' arma a un pazzo perchè si uccidesse (25).

Nè altrimenti si interpretò l'*urere*, *frangere*, *rumpere* del terzo capitolo. Che se l' interpretazione riuscì più larga perchè per *rumpere* s'intese anche il *corrumpere*, cioè qualunque specie di guasto o danneggiamento, e quindi quello arrecato stracciando, schiacciando, rompendo, bruciando, versando, disperdendo, distruggendo, o deteriorando anche per via di mescolamento di una sostanza con l'altra; nondimeno la legge voleva essere ristretta a un danno immediato, e non poteva trovare applicazione nel caso che taluno avesse solamente porto occasione al danno. In specialità tutti i mezzi e modi di uccisione esposti più sopra valgono anche per le semplici ferite: ma oltrecciò ricorrono i termini precisi della legge Aquilia quando si sovracarica un animale in modo che abbia a rompersi un qualche membro (26), o con una nave se ne investe un' altra e simili (27), o si getta del

(18) L. 8 pr. D. h. t.; § 6 I. h. t.

(19) L. 9 pr. § 1. L. 8. pr. L. 7 § 6 D. h. t.

(20) L. 9 § 2. L. 29 § 7 D. h. t.; § ult. I. eod.; L. 5. C. eod.; L. 2 § 20 D. Vi bon. rapt. 47. 8.

(21 L. 14 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5.

(22) L. 9 § 3. L. 53 D. h. t.. L. 50. § 4. L. 51 D. de furt. 47. 2.

(23) L. 7 § 3 D. h. t.

(24) L. 11. § 1 D. h. t.

(25) L. 7. § 6. D. h. t.

(26) L. 27 § 3 D. h. t.

(27) L. 29 § 2-4 D. h. t.

grano nel fiume, o lo si mescola con della sabbia o altre sostanze dannose, o si fa saltare ad uno il denaro dalla mano sicchè lo perda (28), o si scavano delle fosse per pigliar orsi o cervi in un luogo di passaggio, e qualche altra cosa ne vien danneggiata (29), o si aizza un cane contro un servo e si tien fermo questo perchè ne venga morsicato (30). Invece non è applicabile l'*actio legis Aquiliae*, se taluno fa fuoco in un forno ed egli stesso, o un terzo messo alla custodia del medesimo, si addormenta, e la casa va in fiamme (31), o se altri taglia la gomena a cui è legata una nave e questa abbandonata a sè stessa vien danneggiata o distrutta (32), o si aizza o sprona un cavallo sì che qualcheduno ne resti percosso (33), o si induce un servo a salire sopra un albero e simili, ed egli ne patisce danno (34).

2. Non basta però che v'abbia un fatto positivo, arrecato alla sostanza della cosa altrui, mediante un atto corporale: ma questo fatto deve anche essere congiunto con un danno economico.

È necessario che sia effettivamente avvenuto un danno; e quindi l'azione della legge Aquilia non è punto fondata, se taluno reca una lesione a un servo di nessun valore senza che il proprietario abbia a spendere nella cura (35), o se mediante la lesione, per es. con una castrazione ben riuscita del servo, ne accresce anche più il prezzo (36), perchè in ambi i casi manca il danno economico; o se la cosa è perita per altro caso prima che sia occorso un danno (37). Qui però si presenta spontanea una domanda: se un servo o un animale fu ferito da più ed è morto in seguito a queste ferite, chi risponderà del danno? La legge distingue. Se le ferite sono state arrecate contemporaneamente e non si può stabilire con certezza quale di esse abbia cagionato la morte, tutti rispondono ugualmente

(28) L. 27 § 19-21 D. h. t.; § 13 extr. I. eod.
(29) L. 28 pr. D. h. t.
(30) L. 11 § 5 D. h. t.
(31) L. 27 § 9 D. h. t.; Coll. leg. Mos. XII 7 § 7.
(32) L. 29 § 5 D. h. t.
(33) L. 1 § 7 D. si quadrupes 9. 1.
(34) § ult. I. h. t.; cf. L. 3. § 1. L. 4 D. de serv. corr. 11. 3.
(35) L. 27. § 17 D. h. t.
(36) L. 28 D. h. t.
(37) L. 15 § 1 D. h. t.

della uccisione (38). Se invece le più ferite sono state arrecate successivamente, allora conviene aver riguardo alla circostanza se la seconda ferita non abbia fatto che accelerare la morte del servo, *ut maturius interficeretur*, oppure la morte di esso sia stata la necessaria conseguenza di quella seconda ferita: *alius mortifero vulnere percussit alius postea exanimavit.* Nel primo caso tanto l'un feritore che l'altro erano risguardati come uccisori e puniti entrambi in base al primo capitolo della legge Aquilia (39). Nel secondo invece soltanto colui che aveva recata l' ultima ferita mortale era imputabile di uccisione, mentre il primo feritore non rispondeva che del ferimento in base al terzo capitolo della legge (40), non altrimenti che se un servo gravemente ferito fosse poi stato schiacciato da un muro ruinatogli addosso o avesse perduto la vita nelle onde durante un naufragio (41).

3. Finalmente è necessario che il danno sia stato cagionato con ingiuria, cioè ingiustamente (42). Laonde non incorre in alcuna responsabilità chi reca nocumento altrui con un atto che ha diritto di fare, per es. chi per necessità di legittima difesa uccide l' ingiusto aggressore (43), o abbatte l'altrui casa per isolare un incendio (44). Parimenti non ricorrono i termini della legge Aquilia se per cagioni subiettive cessa ogni imputazione, come nel furioso o nell'infante (45), o il danno è la conseguenza di un caso fortuito o di forza maggiore (46). Del resto il danno dicesi arrecato ingiustamente sia che derivi dall' intenzione di nuocere, *dolus*, o da colpa anche leggerissima, perchè *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (47). Persino la semplice inet-

(38) L. 11 § 2 D. h. t.; cf. L. 51 § 1. D. h. t.
(39) L. 51 D. h. t.
(40) L. 11 § 3 L. 15 § 1 D. h. t.
(41) L. 15 § 1 D. h. t.
(42) L. 3 D. h. t.
(43) § 2 I. h. t.; L. 4 L. 5 pr. L. 41 § 4 D. h. t.
(44) L. 49 § 1 D. h. t.
(45) L. 5 § 2 D. h. t.
(46) § 3-5. 14 I. h. t.; L. 29 § 3. L. 30 § 3. L. 52 § ult. L. ult. D. h. t.
(47) L. 7 § 2. L. 27 § 33. L. 30. § 3 D. h. t.; § 3. 14. I. h. t.

titudine tecnica si considera come colpa quando taluno arreca danno, esercitando la sua arte e il suo mestiere (48). Osservo poi che il *damnum injuria datum* si distingue per tale riguardo da tutti gli altri delitti. Esso è l'unico a cui basti la sola colpa; e perciò l'azione della legge Aquilia non è infamante.

4. Per dir ora dell'azione stessa, osservo che spettava unicamente al proprietario della cosa distrutta o danneggiata (la legge lo chiama *herus*) (49) contro l'autore della lesione. Qualora il danno fosse stato cagionato da più persone che avessero agito di concerto, tutte ne rispondevano in solido; e la condanna subita dall'una non liberava le altre, perchè l'azione della legge Aquilia si risguardava come azione penale (50). L'azione spettava anche all'erede del danneggiato, ma non poteva sperimentarsi contro l'erede del colpevole se non *in quantum ad eum pervenit* (51). L'obbietto secondo la legge era il valore della cosa distrutta, o in caso di semplice deterioramento l'importo della diminuzione di esso valore (52): ma il danneggiato poteva pretendere il più alto valore che la cosa distrutta o deteriorata ebbe nell'anno o nei trenta giorni antecedenti al delitto (53). Per ciò l'azione non era una semplice azione di risarcimento, ma poteva avere un' aggiunta penale (54). Ancora, *ex interpretatione legis* era stato accordato all'attore, oltre il valore della cosa, anche il risarcimento di ogni danno indiretto (55). Se poi il colpevole negava il delitto, era condannato nel doppio: *lis infitiando crescit in duplum* (56): questo è un secondo elemento penale dell'azione in discorso, perchè l'*alterum tantum* che il colpevole doveva pagare in questo caso era parimenti una pena.

III. L'azione utile o *in factum*.

Già dissi come una più libera interpretazione della legge,

(48) L. 7 § ult. L. 8 D. h t.; § 7. 8 I. h.
(49) L. 2 pr. L. 27 § 5 L. 11 § 6. D. h. t.
(50) L. 11 § 2. 4. D. h. t.; L. 51 § 1 D. eod.
(51) § 9 I. h. t.; L. 23 § 8. D. h. t.
(52) § 10 I. h t.; L. 2 pr. L. 27 § 5 D. h. t.
(53) § 15 I. h. t.; L. 21 pr. § 1. L. 23 § 3. 5. L. 27. § 5. L. 29 § ult. D. h. t.; § 19 I. de act. 4. 6.
(54 § 9 I. h. t.
(55) L. 21 § 2. L. 22. L. 23 pr. § 2 D. h. t.; § 10 I. h. t.
(56) L. 2 § 1 D. h. t; L. 4 C. eod; § 19 I. de act. 4. 6.

badando più presto allo sviluppo naturale del suo principio, che non alle parole, ne applicasse le disposizioni anche ad alcuni casi nei quali non ricorrevano i termini precisi di essa.

1. Abbiamo già osservato or ora che l'azione della legge Aquilia non spettava veramente che al proprietario della cosa danneggiata: ma una *utilis* o *in factum actio* è accordata anche al possessore di buona fede (57), all'usufruttuario (58), all'usuario (59), al creditore pignoratizio (60), e in generale alle persone che avevano interesse alla conservazione della cosa a cagione di un diritto patrimoniale reale sulla medesima. Anzi queste persone potevano sperimentare l'azione persino contro il proprietario, quando fosse autore del danno (61); mentre coloro che avevano interesse alla conservazione della cosa solamente in conseguenza di un vincolo obbligatorio, per es. i compratori, non avevano l'azione della legge Aquilia neppure utilmente *ex propria persona* (62).

2. Abbiamo anche detto, che l'azione della legge Aquilia suppone un danno arrecato con un fatto corporale, un *damnum corpore datum*, e abbiamo ricordato parecchi casi nei quali l'azione diretta era esclusa appunto per questo motivo. La giurisprudenza però ammise l'azione della legge Aquilia utilmente, cioè per analogia, per estensione, ogniqualvolta il danno non proveniva direttamente dal corpo della persona del danneggiatore, ma era solamente accaduto perchè taluno ne avea colposamente porta l'occasione: *causam seu occasionem damni praestitit.* Per es. se taluno avesse tenuto chiuso un animale altrui finchè non fosse morto di fame, o lo avesse spaventato in modo da farlo cadere in un precipizio, o avesse acceso improvvidamente il fuoco nelle sue terre e abbrucciato così la casa del vicino, o lasciato pascolare i suoi animali sulle terre altrui, ecc. ecc. (63). In tutti

(57) L. 11 § 8. L. 17 pr. D. h. t.

(58) L. 11 § 10; L. 12 D. h. t; L. 17 § 3 D. de usufr. 7. 1.

(59) L. 11. § 10 D. h. t.

(60) L. 17. pr. L. 30. § 1. D. h. t.

(61) L. 12. L. 17 pr. D. h. t.

(62) L. 11 § 9 D. h. t.; L. 13 § 12 D. de A. E. V. 19. 1; cf. L. 27 § 14. D h. t.

(63) § ult. I. h. t; L. 9 § 3. L. 29 § 5. L. 30 § 3. L. 53 D. h. t.; L. 5. L. 6 C. h. t; L. 14 § 3 D. de praescr. verb. 19. 5.

questi casi non vi è certamente alcun *damnum corpore datum*; ma nondimeno è ammessa un' azione contro il danneggiatore *ex sententia legis Aquiliae*.

3. Invece anche l' interpretazione tenne generalmente ferma quell'altra condizione, che il danno debba essere arrecato *corpori*, ad un corpo, o per dirla in altri termini: che un corpo sia stato leso, distrutto o danneggiato. Che se nondimeno fu accordata un'*actio in factum* anche in alcuni casi nei quali non vi era propriamente una *rei corruptio*, ciò avvenne solo in via di eccezione perchè ricorreva lo stesso effetto pel danneggiato, come se la sua cosa fosse stata veramente guasta o distrutta. Questi casi erano i seguenti:

a. Se taluno senza l' intenzione di fare un lucro aveva privato altri della sua roba, a mo' d'esempio se avesse scatenato un suo schiavo o fattolo fuggire; od avesse gettata qualche sua cosa in mare, o gli avesse dato sulla mano in modo da fargli cadere il danaro, ecc. ecc. (64).

b. Se taluno senza guastare propriamente la sostanza di una cosa altrui, ne ha però diminuito il valore, mescolandovi delle altre cose difficili a separarsi; per es. della sabbia col frumento (65).

c. Ancora, se taluno consumava delle cose altrui destinate al consumo, non poteva certo avervi parola di un *rumpere* o *corrumpere*, ma nondimeno era ammessa una azione utile (66).

Le Istituzioni giustinianee hanno evidentemente di mira questi casi specialmente qualificati là dove osservano in modo che parrebbe generale: *sed si non corpore damnum datum neque corpus laesum fuit sed alio modo damnum alicui contigerit, quum non sufficiat neque directa neque utilis actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri* (67).

4. Finalmente anche l'uomo libero che fosse stato danneggiato nel suo corpo poteva sperimentare l'azione della legge Aquilia utilmente, almeno per ottenere risarcite le spese della

(64) § ult. I. h. t.; L. 27 § 21. D. h. t.; L. 7 § 7 D. de dolo malo 4. 3; L. 14 pr § 2 D. de praescr. verb. 19. 5; L. 55 D. de acquir. rer. dom. 41. 1: L. 50 § 4 D. de furt. 47 2.

(65) L. 27 § 14. 20 D. h. t.

(66) L. 30 § 2 D. h. t.

(67) § ult. I. h. t.; v. anche L. 33 § 1 D. h. t.

cura, e il guadagno perduto in forza della lesione (68). Invece non poteva avere l'azione diretta per due motivi: primo *quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur* (69); secondo, perchè il corpo di un uomo libero non è risguardato giuridicamente come una cosa. Nè coll'azione utile poteva domandare il risarcimento delle cicatrici o della difformità, *quum liberum corpus aestimationem non recipiat* (70)

Tutti cotesti estendimenti sì obbiettivi che subiettivi della legge Aquilia vengono realizzati parte con una *utilis actio legis Aquiliae*, parte con un'*actio in factum;* e si domanda qual sia la relazione di queste due azioni. Se badiamo alle Istituzioni giustinianee sembrerebbe doversi stabilire la seguente gradazione: che cioè fosse esperibile l'azione diretta quando concorrono ambidue i requisiti *damnum corpori* e *corpore datum;* l'azione utile, quando non concorre che il primo *(corpori)*, e un'azione *in factum*, quando non concorre nè l'uno nè l'altro (71). Questa differenza però è tutt'altro che confermata dalle regole e dall'uso linguistico delle Pandette, che indicano spesso l'azione col nome di *actio in factum*, mentre secondo le Istituzioni dovrebbe essere invece un'azione utile (72). Del resto la differenza dei nomi non importa alcuna sostanziale differenza delle azioni medesime, ma concerne unicamente al modo ond'è concepita la formula.

IV. Un'ultima osservazione. Le azioni della legge Aquilia possono venire sperimentate ogniqualvolta esistano le condizioni delle medesime. La semplice coesistenza di un altro rapporto obbligatorio non le esclude punto: ma esse possono concorrere tanto con azioni che al pari di esse derivano da un delitto (73), quanto con azioni che hanno il loro fondamento in un contratto o in un rapporto simile a un contratto (74). Quindi se un commodatario, un depositario, un conduttore ecc. deteriora

(68) L. 5 § ult. L. 6. L. 7 pr. L. 13 pr. D. h. t.
(69) L. 13 pr. D. h. t.
(70) L. 3 D. si quadrup. 9. 1; L. 7 D. de his qui effuder 9. 3.
(71) § ult. I. h. t.
(72) Per es. L. 9. § 2. 3; L. 29 § 5; L. 53 D. h. t.
(73) Per es. L. 2 § 1. 2. D. de priv. del. 47. 2.
(74) L. 7 § ult. L. 18. L. 42 D. h. t.; L. 16 § 5 D. famil. hercisc. 10. 2.

o distrugge la cosa commodata, depositata o locata, il danneggiato ha libera la scelta tra l'azione del contratto e l'azione della legge Aquilia: nè l'una importa la consumazione processuale dell'altra; per cui se l'attore era stato soddisfatto colla azione del contratto, mentre l'azione aquiliana gli avrebbe procacciato maggiori vantaggi, egli poteva ancora esigere il di più (75).

Ma l'obbligazione, se non esclude punto l'azione aquiliana, non la modifica almeno? Ecco una domanda intorno a cui v'è molta discrepanza di opinioni. Specialmente è controverso il punto se possa ammettersi l'*actio legis Aquiliae* anche per colpa lieve, quando il contraente in forza del dato rapporto contrattuale non è obbligato se non per dolo e colpa lata. I più degli antichi ritenevano di no; i più dei moderni invece non esitano ad ammettere anche in questo caso l'azione aquiliana; e credo a ragione: ma conviene por mente ad una cosa. Ogni azione aquiliana suppone necessariamente una colpa: ma può essere che un fatto, per se stesso colposo, trovi la sua piena giustificazione nella *obligatio*, e in questa ipotesi s'intende da sè che non vi può aver discorso di azione aquiliana (76). Se però non ostante il rapporto obbligatorio vi fosse una colpa, l'azione aquiliana sarebbe ammessa, quand'anche questa colpa non fosse tale da giustificare l'azione del contratto (77).

---

2. Di alcune speciali maniere di danneggiamento.

Donelli, comment. XV. c. 27 § 9. **Huschke,** zur actio arborum furtim caesarum (Giess. Zeitschr. N. S. II. 6. 4.) — **Donelli,** comment. XV. c. 26. **Glück,** XI. p. 316 seg.

Alcuni danneggiamenti erano particolarmente qualificati sia per riguardo all'obbietto danneggiato, sia per la forma onde il delitto era commesso, o per le circostanze pericolose che lo accompagnavano, o per le persone che lo commettevano.

(75) L. 7 § 1 D. commod. 13. 6; L. 34 § 2 fin. D. de O. et A. 44. 71.

(76) L. 27 § 29 D. h. t.; L. 27 § 23 D. h. t; L. 30 § 2 D. locati 19. 2; — L. 54 § 2 D. de acq. rer. dom. 41. 1.

(77) L. 13 pr. D. de lib. causa 40. 2; L. 1 § 2. D. si is qui test. liber 47. 4; L. 5 § ult. D. h. t.

1. *Arbores furtim caesae.* Chi tagliava furtivamente gli alberi altrui, anche senza intenzione di rubarli doveva risarcirne il doppio dell'interesse al proprietario (1). Questa azione risale alle dodici tavole, e come più antica e più speciale continuò sempre accanto all'aquiliana (2). Essa competeva anche all'enfiteuta (3) e al venditore (4), ma non così all'usufruttuario (5). Quantunque azione penale era perpetua, ma non si accordava contro gli eredi (6).

2. *Servus corruptus.* Chi *dolo malo* corrompeva un servo, sia che ne guastasse i sentimenti, o lo persuadesse a commettere una cattiva azione o qualche cosa che gli recasse un danno corporale (7), o lo ricettasse fuggiasco (8), ne rispondeva al proprietario. Il quale aveva a tal uopo una speciale *Actio de servo corrupto* tendente al doppio del risarcimento (9), che comprendeva sì il danno che il servo aveva patito nell'animo o nel corpo, cioè il minor valore di esso, e sì le cose che aveva sottratte (10). Anche questa azione, contrariamente alla regola, non era temporaria ma perpetua (11). *Utiliter* competeva eziandio al *parens* per la corruzione di un figlio soggetto alla sua potestà (12): ma come azione penale non era data contro gli eredi (13).

3. *Via recepta.* Se taluno rigettava una via pubblica sul fondo del vicino, questi poteva esigerne l'interesse colla *viae receptae actio* (14).

4. *Hominis mortui illatio in locum alterius.* Il proprietario del fondo dove illegalmente era stato seppellito un morto, o

(1) L. 1. L. 7. pr. § 1 ult. L. 8 L. 11 D. arbor. furtim. caesar. 47. 7.
(2) L. 1 pr. D. eod.
(3) L. 5 § 3. D. eod.
(4) L. ult. D. eod.
(5) L. 5, § 2 D. eod.
(6) L. 7 § 6 D. eod.
(7) L. 1 pr. 3. 4. 5. L. 2. L. 3 pr. § 1. L. 4 D. de servo corr. 11. 3.
(8) L. 1 § 2 D. eod.
(9) L. 1 pr. L. 5 § 2. L. 9 § 2. D. eod.
(10) L. 9 § 3. L. 10. L. 14 § 5-8 D. eod.
(11) L. 13 pr. D. eod.
(12) L. 14 § 1 D. eod.
(13) L. 13 pr. D. eod.
(14) L. 3 pr. D. de via publ. 43. 11.

colui che vi aveva una servitù, potevano pretendere con un'*actio in factum* dal seppellitore che lo levasse di là o prestasse il prezzo del luogo. Ancora, il reo era condannato a una pena pecuniaria. L'azione stessa era perpetua e accordata tanto all'erede quanto eziandio contro l'erede (15).

5. *Sepulchrum violatum.* Se veniva dolosamente danneggiato un sepolcro, il proprietario di esso aveva un'*actio in factum* contro il danneggiatore per una somma di risarcimento e soddisfazione da determinarsi equamente dal giudice, che però non poteva essere mai inferiore di 100 aurei. In difetto del proprietario, l'azione poteva venire sperimentata da ognuno del popolo per 100 aurei, e tra più attori decideva il pretore a chi dovesse spettare. L'azione stessa era famosa. Una pura azione popolare per la somma di 200 aurei era accordata contro colui che *dolo malo* abitava in un sepolcro, o vi aveva un edificio estraneo allo scopo della sepoltura. Tutte queste azioni vennero introdotte dall'editto del pretore (16).

6. *Damnum vi hominibus armatis coactisque datum.* Colui il quale *dolo malo* aveva patito un danno *hominibus armatis coactisque*, cioè per un'aggressione di gente riunita e armata, aveva l'*actio vi bonorum raptorum*, che era *in quadruplum* durante l'anno, e poi *in simplum*. Essa venne introdotta dal pretore nel tempo delle guerre civili in cui gli attacchi a mano armata erano divenuti sì frequenti (17). I mutamenti, per cui l'azione appare essenzialmente nelle nostre fonti come organo giuridico contro il furto violento, si verificarono dal principio dell'epoca imperiale fino ai tempi dei giureconsulti classici.

7. *Damnum in turba datum.* Il titolo del Digesto relativo alla rapina ricorda anche un'*actio in factum* introdotta parimenti dal pretore pei danni cagionati *dolo malo* all'occasione di un attruppamento o tumulto, *turba* (18). Essa poteva venire sperimentata non solo contro l'autore immediato del danno, ma anche contro colui che ve lo aveva indotto, e perfino contro

---

(15) L. 2 § 1. 2. L. 7 pr. L. 8 § 4. D. de relig. 11. 7.
(16) L. 3 D. de sepulchro violato 47. 12; L. 6 D. eod; L. 1 D. eod.
(17) Cic. pro Tull. c. 5; L. 2 pr. D. vi bon. rapt. 47. 8.
(18) L. 4 pr. § 9. 11 D. vi bon. rapt. 47. 8.

la persona che a bella posta aveva occasionato il tumulto (19). Tendeva a ottenere la condanna del doppio entro l'anno, e passato questo, il *simplum* del danno cagionato (20). Non era peraltro esperibile trattandosi di cose rapite (21).

8. Chi approfittava di una calamità, come di un incendio, di una ruina, di un naufragio o della espugnazione di una nave, per rubare o danneggiare l'altrui proprietà, era tenuto al quadruplo e dopo trascorso un anno al doppio (22). L'azione valeva anche per l'erede, ma non poteva venire sperimentata contro l'erede che *in quantum ad eum pervenit* (23). La legge risguardava come un publico interesse il provvedere alla sicurezza in simili occasioni (24), e quindi furono date anche più sanzioni penali (25), chè si avevano a combattere a un tempo le idee di un così detto diritto di naufragio. Tra le altre ne trovo una contro i pescatori che di notte con falsi lumi cercavano di trarre in errore i naviganti e far così pericolare le navi per far bottino (26). Altrove è detto espressamente esser lecito a chiunque di raccogliere impunemente le sue cose naufragate (27). Un senatoconsulto ai tempi di Claudio stabilì che colui il quale all' occasione di un naufragio portava via un timone dovesse rispondere di tutto ciò che si trovava sulla nave (28). Chi rubava o rapiva una cosa già salvata dal naufragio o dall'incendio, o giacente ancora sul lido, purchè ciò avvenisse alcun tempo dopo il naufragio, non rispondeva che colle azioni ordinarie *furti*, *vi bonorum raptorum* e simili (29).

9. Se un publicano, cioè un appaltatore delle publiche entrate, o un suo libero commesso, o alcuno della sua famiglia

---

(19) L. 4 § 4. 5. 14 D. eod.
(20) L. 4 pr. § 11. D. eod.
(21) L. 4 § 9 D. eod.
(22) L. 1 pr. L. 3 § 7 D. de incendio, ruina, naufragio 47. 9.
(23) L. 4 § 2 D. eod.
(24) L. 1 § 1 D. eod.
(25) L. 3 § 8. L. 4 § 1. L. 7 D. eod.
(26) L. 10 D. eod.
(27) L. 12 pr. D. eod.
(28) L. 3 § 8 D. eod.
(29) L. 5 D. eod.

prendeva illegalmente e a forza qualche cosa, il danneggiato aveva un'azione restitutoria contro il publicano, il quale se non ne faceva la restituzione sia prima o dopo la contestazione della lite, era condannato entro l'anno nel doppio, dopo l'anno nel simplo. L'azione era pretoria. Oltrecciò il pretore accordava pei danneggiamenti e furti di simil fatta le azioni ordinarie (30).

V. Delle mutazioni operate nei fondi lesive dei diritti del vicino.

1. Sguardo generale.

Il diritto di proprietà ha un carattere assoluto. Il proprietario può usare e disporre a piacimento della sua cosa senza curarsi delle conseguenze che ne possono derivare ai terzi. Tale è il principio; e nondimeno trovo sancite dalla legge parecchie restrizioni, alcune delle quali hanno un carattere assoluto al pari del diritto ch'esse limitano e che si conoscono col nome di servitù legali, altre non operano che a riguardo di certe persone in forza dei rapporti particolari risultanti dallo stato di vicinanza. Noi non ci occupiamo che di queste, e ne premettiamo uno sguardo generale (1) prima di passare ai particolari.

Già nella legge decemvirale trovo un'*actio aquae pluviae arcendae*, concernente a quelle costruzioni che avevano per effetto di mutare il corso naturale delle acque piovane in danno dei vicini (2). Ed era naturale che un popolo eminentemente agricola rivolgesse prima la sua attenzione a queste opere: senonchè la protezione accordata in questo modo dalle dodici tavole doveva a lungo andare parere insufficiente. Anche altre costruzioni, all'infuori delle opere idrauliche, potevano riuscir lesive dei diritti del vicino, e la stessa azione accordata per queste dalla legge

---

(30) L. 1 pr. D. de public. 39. 4.

(1) V. Maynz. p. 440.

(2) Cic. Top. 9; L. 21 D. de statu lib. 40. 7; L. 5 D. ne quid in loco publ. 43. 8.

decemvirale non assecurava la riparazione del danno se non dal momento della contestazione della lite, quando c'erano forse dei danni considerevoli provocati persino dall'azione che pur aveva lo scopo di rimediarvi.

Ecco il motivo per cui il pretore introdusse un nuovo rimedio, l'*interdictum quod vi aut clam* applicabile ad ogni maniera di mutazioni, e tendente a restituire lo stato pristino e riparare ogni danno pel caso che quelle opere fossero state fatte con violenza, cioè in onta a una seria opposizione o clandestinamente (3). D'altronde perchè questa *prohibitio*, come ogni proibizione, si presentava come un atto di possesso, era naturale che dovesse riuscire illusoria se fatta contro il possessore. In altri termini l'efficacia ne poteva venire onninamente paralizzata col mezzo dell'*interdictum uti possidetis* (4). E ancora, l'*interdictum de vi* supponeva necessariamente un delitto, un *opus vi factum*, ed era quindi inapplicabile se l'opera era stata fatta da qualcuno che non aveva avuto notizia della proibizione (5).

Un nuovo rimedio pretorio, la *operis novi nunciatio*, doveva togliere appunto cotesti inconvenienti. Siccome essa non involge mai una turbazione del possesso, ed anzi il nunciante rinunciava con ciò a tutti i rimedi possessori che forse gli competevano, così il vicino poteva con questo mezzo vietare efficacemente il proseguimento dell'opera, sia che fosse possessore o non fosse; per cui capiremo di leggeri come Ulpiano potesse dire che la nunciazione era necessaria se alcuno faceva una mutazione pregiudicevole al vicino nel proprio fondo (6). Oltrecciò la nunciazione si faceva *in rem* e non già *in personam*: il precetto era per così dire rivolto all'opera stessa, e quindi si poteva domandarne la demolizione persino nel caso che la continuazione del lavoro fosse avvenuta in buona fede (7). D'altronde parrà giusto che questi maggiori vantaggi fossero bilanciati da maggiori restrizioni, e il furono: sia nel concetto dell'*opus*, che era più ristretto, abbracciando le sole costruzioni e non tutte le mutazioni

(3) L. 4 § 2. 3. L. 5. 12. 13. 14. § 3 D. de aquae pluv. arc. act. 39. 3.
(4) L. 3. § 2. 3. 4. D. uti possid. 43. 17.
(5) L. 20 § 3 D. quod vi 43. 24.
(6) L. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1.
(7) L. 10. 23 D. eod.

pregiudicevoli intrapprese in un fondo; sia pel diritto di nunciare che competeva solo al proprietario del fondo pregiudicato e a coloro che avevano una *utilis vindicatio*, ma non anche ad ogni interessato; sia perchè doveva farsi nella immediata vicinanza dell'opera e non mai col mezzo di uno schiavo; sia perchè perdeva ogni efficacia colla morte del nunciante e colla alienazione del fondo pregiudicato; sia finalmente perchè colla nunciazione *possessorem adversarium facimus*, cioè il nunciante rinunciava a tutti i rimedi possessori che per avventura gli competessero, e doveva assumere la parte di attore e provare il suo *jus prohibendi*, mentre nella proibizione la cosa era appunto inversa (8).

Restava ancora un passo a fare. Se una costruzione già esistente crollava cagionando dei danni al vicino, questi non aveva alcuna azione per ottenerne il risarcimento, ma solamente il debole diritto di retenzione. Ecco dunque un nuovo campo aperto all'attività del pretore, il quale vi provvide, accordandogli il diritto di chiedere per questa costruzione minacciante ruina una cauzione allo scopo di essere garantito dei danni che potevano risultarne, *damnum infectum* (9).

Noi consideriamo partitamente tutte queste varie specie di obbligazioni.

---

2. L'*actio aquae pluviae arcendae*.

Tit. D. de aqua et aquae pluviae arcendae actione (39 3).
Schneider, üb. die Erfordernisse der actio aquae pluviae arcendae (Giess. Zeitschr. V. 22). **Schmidt,** von der aquae pluviae arcendae actio u. von der vetustas (Civ. Abh. I p. 91-204). **Savigny,** System III p. 252.361. IV. p. 487 seg. **Hesse,** üb. d. Rechtsverhältniss zwischen Grundstücksnachbarn I.

1. Il proprietario di un fondo è anche padrone delle acque che si trovano in esso, e quindi può disporne a piacimento (1), e far delle opere sia per raccoglierle, sia per aumentarle. (2). Non-

(8) L. 5 § 10 de O. N. N.
(9) Tit. D. de damno inf. 39. 2.
(1) L. 1 § 11. 21 D. h. t. L. 10 C. de serv. 3. 43.
(2) L. 1 § 11 D. h. t.; L. 26 D. de damno inf. 39. 2.

dimeno fu statuita una eccezione riguardo all' acqua piovana. Nessuno poteva fare, distruggere o lasciar andar in ruina delle costruzioni, che mutassero il corso dell' acqua piovana in modo pregiudicevole al fondo del vicino. Per questo caso già la legge decemvirale ammetteva l'*Aquae pluviae arcendae actio* (3), di cui notiamo innanzi tutto le condizioni.

1. Questa azione non è applicabile che all'acqua piovana: ma tale non è solamente quella che cade dalle nubi, ma ogni acqua su cui la pioggia esercita un immediato e visibile influsso, e quindi la maggior parte dei ruscelli, e perfino quei piccoli fiumi che facilmente *colorem mutant vel increscunt* (4).

2. Era anche necessaria un'opera artificiale aderente al suolo: *opus manufactum solo conjunctum*; sia che questa opera fosse eretta di pianta (5), o si avesse a bella posta distrutta (6), o lasciata andare in rovina un'opera già esistente (7): insomma era necessario che il mutamento fosse imputabile all'uomo (8). Nondimeno si andò anche più avanti, perchè nel caso che la mutazione derivasse solamente dalla natura si ammise almeno una *utilis actio* (9).

3. Occorreva eziandio che la mutata direzione dell' acqua piovana fosse tale da poter cagionare un danno. L'*opus*, in altri termini, dev' essere *nociturus*: ma la semplice retenzione dell'acqua non poteva riguardarsi giuridicamente come danno (10).

4. Per ultimo si suppone che il fondo a cui minaccia il danno sia un *ager* (11), cioè un fondo fuori di città sovra cui non vi sieno degli edifici: *locus sine aedificio in rure* (12).

5. Nondimeno v' hanno dei casi nei quali uno speciale motivo giuridico esclude l' azione; cioè

---

(3) L. 21 pr. D. de statulib. 40. 7.
(4) L. 1 pr. § 15. 16 D. h. t.
(5) L. 1 § 1. 2. 6. 10. 13. L. 24 § 1. 2 D. h. t.
(6) L. 1 § 22 D. h. t.
(7) L. 2 § 1. 4 D. h. t.
(8) L. 1 § 1. 8. D. h. t.
(9) L. 2 § 5. 6 D. h. t.
(10) L. 1 pr. § 1. L. 14 § 2. L. 21 § 2 D. h. t. — L. 1 § 27. L. 21 D. eod.
(11) L. 1 § 17 D. h. t.
(12) L. 211 D. de V. S.

a. Se l'opera era stata fatta di publica autorità, ***principis vel senatus jussu*** (13).

b. Se la sua origine eccedeva la memoria degli uomini (14).

c. Se era necessaria alla coltivazione del proprio fondo, ***agri colendi causa*** (15).

d. Se serviva unicamente ad allontanare dal proprio fondo la soverchia affluenza dell' acqua (16).

e. Se era stata fatta grazie a un diritto di servitù (17).

f. Finalmente se l'attore, avendo conoscenza dei lavori, non vi si era opposto (18).

II. L'azione spettava all'attuale proprietario del fondo minacciato (19), e sotto circostanze anche al possessore di una servitù prediale (20) e all'anfiteuta (21). Andava poi sperimentata contro il proprietario del fondo nel quale era avvenuto il mutamento (22); ma non era necessario ch'egli lo avesse fatto. L'azione adunque era un'*actio in rem scripta*: ma aveva un diverso petito secondo che mirava al padrone stesso o all'autore dell'opera. Utilmente era accordata tanto all'usufruttuario quanto contro di lui (23).

III. Il suo scopo era doppio; cioè parte la restituzione della cosa nello stato pristino e parte il risarcimento del danno.

Quant'è alla restituzione, se il reo medesimo aveva fatto positivamente il mutamento, egli era anche tenuto a restituire a proprie spese lo stato pristino (24): trattandosi di una semplice ommissione, si poteva esigere o che egli stesso il facesse, o permettesse all'attore di farlo (25). Se invece la mutazione non era imputabile al reo, questi era tenuto solamente a *patientiam prae-*

---

(13) L. 2 § 3. L. 23 pr. D. h. t.
(14) L. 1. § 23. L. 2 pr. § 3. 8 D. h. t.
(15) L. 1. § 3-9 L. 24 pr. D. h. t.
(16) L. 1 § 2. L. 2 § 9. D. h. t.
(17) L. 2 § ult. D. h. t.
(18) L. 19. L. 20 D. h. t.
(19) L. 6. § 4. L. 16 D. h. t.
(20) L. 25 D. h. t.
(21) L. 23 § 1 D. h. t.; L. 5 § 3 D. arb. furt. coesar. 47. 7.
(22) L. 4 pr. § 1. 2. D. h. t.
(23) L. 22 pr. § 2. D. h. t.; cf. L. 3. § ult. D. h. t.
(24) L. 6. § 7 D. h. t.
(25) L. 2 § 1. 4 D. h. t.

stare e poteva domandare una cauzione pel danno che fosse per derivargliene (26).

Per ciò che concerne il risarcimento, e' non incombeva se non a colui *qui fecit ut aqua pluvia noceret;* e andava risarcito solamente il danno patito dall'attore dopo la contestazione della lite (27).

---

3. Della proibizione e dell'*interdictum quod vi aut clam.*

Tit. D. quod vi aut clam (43. 24).

Donelli, comment. XV. c. 35. **Hasse,** üb. d. interdictum quod vi aut clam. (Rhein. Mus. IV. 1). **Francke,** (nell' Arch. f. civ. Prax. XXII, 14). **Savigny,** System II. p. 125 seg. **Schmidt,** üb. die Stellung des interd. quod vi aut clam im röm. Actionensystem u. in der röm. Praxis (Giess. Zeitschr. N. S. I. 7). **Mayer,** de interdicto quod vi aut clam Lips. 1858. **Zimmermann,** üb. d. interd. u. d. exceptio quod vi aut clam (Arch. f. civ. Prax. XLI. 7). **Vangerow** § 677.

I. Quegli che con violenza, *vi,* o clandestinamente, *clam,* fa una mutazione con un fondo pregiudicevole ad altri può essere obbligato coll'*interdictum quod vi aut clam* a rimettere le cose nello stato pristino.

Si suppone adunque:

1. Che taluno abbia intrappreso qualche cosa durevole (1), e precisamente un'opera *in solo facta* (2), tra cui peraltro vanno annoverati, oltre alle costruzioni, anche il taglio degli alberi, delle viti o cespugli (3), le concimazioni dannose (4), il corrompimento di un pozzo (5), e simili: insomma ogni mutazione pregiudicevole operata nello stato di un fondo.

2. Si suppone eziandio che la mutazione sia tornata di nocumento ad altri per riguardo a un fondo (6).

---

(26) L. 4. § 2. 3. L. 5. L. 6 § 7. L. 12 D. h. t.
(27) L. 6 § 6. L. 14. § 2 D. h. t ; cf. L. 1 § 1 init. D. eod.
(1) L. ult. § 3. D. h. t. 43. 24.
(2) L. 1 § 4. L. 7. § 5. L. 20. § 4. D. h. t.
(3) L. 7 § 5. L. 13 pr. § 3. 4. 7. D. h. t.; L. 11 D. arb. furt. coesar 47. 7.
(4) L. 7. § 6 D. h. t.
(5) L. 11 pr. D. h. t.
(6) L. 7 § 7. L. 18. pr. D. h. t.

3. Per ultimo occorre che l'opera sia stata fatta in onta alla seria opposizione di un altro e quindi con violenza, *vi* (7), oppure clandestinamente (8): ma è invece indifferente dove sia stata intrappresa (9), e se con diritto o senza (10).

II. L'opposizione, detta *prohibitio,* compete non solo al proprietario del fondo pregiudicato e a colui che ha una *utilis vindicatio*, ma a tutti gl'interessati, *his quorum interest* (11): quindi anche all'usufruttuario, e non solo *procuratorio nomine,* ma indipendentemente (12); compete eziandio a un comproprietario verso l'altro (13), e persino al conduttore e ai possessori precari (14). Ad ogni modo ci vuol sempre un'interesse presente; e quindi a cagion d'esempio, nel caso di una vendita, se l'opera era stata fatta bensì dopo conchiuso il contratto, ma prima della tradizione, il compratore, se poteva domandarne la cessione col-l'*actio emti*, non aveva però diritto all'interdetto (15). La proibizione medesima esiste sempre dal momento che l'interessato siasi opposto seriamente all'opera, sia a voce o col fatto o anche con atti simbolici, tra cui è ricordato il *jactus lapilli* (16). Ancora, poteva farsi tanto personalmente quanto mediante un procuratore (17), e persino col mezzo di uno schiavo (18).

III. Alla proibizione è pareggiata la clandestinità. Chi intrapprende un'opera clandestinamente è responsabile non altrimenti che se l'avesse intrappresa con violenza, perchè leggo nell'Editto del pretore: *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id, cum experiendi potestas est, restituas* (19) L'opera poi si diceva

(7) L. 1 pr. § 5. 7. 9. D. h. t.; L. 73. § 2 D. de R. I.

(8) L. 1 pr. L. 18 § 1. L. 3 § 7 fino alla L. 5 § 4 D. h. t.; L. 73 § 2 D. de R. I.

(9) L. 20 § ult. D. h. t.

(10) L. 1 § 2. 3. D. h. t.

(11) L. 11 § ult. D. h. t.; L. 11 § 1. 10. 12. L. 12. L. 13 § 3 D. h. t.

(12) L. 12. L. 13 pr. D. h. t.

(13) L. 13 § 3 D. h. t.

(14) L. 11 § 12. L. 12. D. h. t.

(15) L. 11 § 9-13. D. h. t.; L. 13. § 12. D. A. E. V. 19. 1.

(16) L. 20 § 1 D. h. t.; L. 1 § 5 sqq. D. h. t.; L. 73 § 2 D. de R. I. L. 5 § 10 D. de O. N. N. 39. 1.

(17) L. 3 pr. L. 17 D. h. t.

(18) L. 3 pr. D. h. t.

(19) L. 1 pr. D. h. t.

fatta clandestinamente, non solo se l'imprenditore cercava con fatti positivi di occultarla (20), ma eziandio se non ne dava la denuncia all'interessato quando ne temeva o ne poteva temere la opposizione (21). Ancora, la denuncia non doveva essere vaga, ma contenere la qualità del lavoro, il tempo e il luogo della costruzione ecc. (22), e l'opera stessa doveva essere cominciata effettivamente poco dopo la denuncia (23).

IV. L'*interdictum quod vi aut clam* ha luogo senz'altro quando esiste un *opus vi aut clam factum;* e siccome compete ad ogni interessato, sia che questo suo interesse provenga da un diritto reale sul fondo, o da una semplice obbligazione che abbia il fondo per obbietto, così può accadere che più agiscano per la stessa opera, ciascuno per un altro motivo (24). Ned è necessario che la proibizione nel caso di un *opus vi factum* sia partita giust' appunto dall' attore, per cui è lecito al proprietario di sperimentare l'interdetto, quantunque il conduttore, non egli, abbia proibito l' opera (25). Ancora, esso competeva al successore universale (26) e forse anche al singolare (27) in base di una proibizione fatta dal suo autore. Finalmente il possesso o la detenzione del fondo, che dicemmo essere necessari al momento che avvenne la mutazione, cessavano di esserlo al momento dell'*interdictum redditum* (28).

L'interdetto poteva essere intentato contro l'autore dei lavori pregiudicevoli; e più autori erano tenuti solidariamente, uno per tutti (29). Se l' autore aveva agito per mandato altrui, l' attore aveva la scelta tra lui e il mandante, e la ratifica era anche qui pareggiata al mandato (30). L'erede non rispondeva che *in*

(20) L. 18 § 1 D. h. t.
(21) L. 3 § 7. 8 fino alla L. 5 § 4 D. h. t.; L. 73 § 2 D. de R. I.
(22) L. 5 § 2 D. h. t.
(23) L. ult. § ult. D. h. t.
(24) L. 12. L. 16 § 1 D. h. t.
(25) L. 17. D. h. t.
(26) L. 13 § 5 fin. D. h. t.
(27) L. 11 § 9 D. h. t.
(28) L. 16 pr. D. h. t.; L. 11 § 8 D. eod.
(29) L. 15 § 2 D. h. t.
(30) L. 5 § 8. 14. L. 6. L. 13 § 6 D. h. t.

quantum ad eum pervenit (31). Oltracciò l'interdetto poteva essere sperimentato contro ogni possessore del fondo, comunque egli non fosse l'autore dei lavori e quand'anche fossero stati fatti a sua insaputa (32).

V. Lo scopo immediato dell' interdetto e l' obbietto dell'*arbitrium* è doppio:

1. La restituzione dello stato pristino: ma qui gioverà distinguere tra autore e possessore e colui che è l' uno e l' altro ad un tempo. Quest' ultimo doveva restituire lo stato pristino a proprie spese (33); mentre il semplice possessore non era tenuto che a *patientiam praestare*, a lasciare cioè che l' attore stesso riponesse le cose nello stato pristino (34), e il semplice autore non doveva che risarcirgliene le spese (35).

2. L' autore dell' opera era anche obbligato alla prestazione dell' interesse, la cui entità era determinata dall' attore con un *juramentum in litem* (36).

VI. D'altronde il reo aveva più eccezioni:

1. Se l'attore dopo aver proibita l'opera l'aveva permessa (37).

2. Se l'opera era stata fatta per evitare o prevenire un pericolo imminente (38).

3. Per legittima difesa (39).

4. L'interdetto non conserva la sua piena efficacia che per un anno dopo terminata l' opera. Trascorso questo termine, il reo aveva una *temporis exceptio*, e per ciò che riguarda il risarcimento del danno non poteva essere condannato a pagare se non quello di cui si fosse locupletato (40).

---

(31) L. 15 § 3 D. h. t.
(32) L. 15 pr. § 1 D. h. t.
(33) L. 16 § 2 D. h. t; L. 13 § 7 D. h. t.
(34) L. 16 § 2. D. h. t. L. 7 pr. L. 13 § 7. L. 15 § 1 D. eod.
(35) L. 16 § 2 D. h. t. L. 4 § 2. L. 13 D. de aqua et aquae pluv. 39. 3.
(36) LL. citt. L. 15 § 7-9. L. 21 § 3 D. h. t.
(37) L. 3 § 2 L. 20 § 2 D. h. t.
(38) L. 7 § 4 D. h. t.
(39) L. 7 § 3. L. ult. § 2 D. h. t.
(40) L. 15 § 3 D. h. t.; L. 4 D. de interd. 43 1.

4. *Operis novi nunciatio.*

Tit. D. de operis novi nunciatione (39. 1); de remissionibus (43. 25); de novi operis nunciatione (8. 11).

Donelli, comment. XV. c. 46. **Kaemmerer,** de op. novi nunciat. Eidelb. 1807. **Reinhard,** Erläut. des Pand. Titels de op. novi nunc. Stocc. 1820. **Engelhardt,** de op. novi nunc. Lips. 1821. **Hasse,** üb. die O. N. N. (Rhein. Mus. III. 30). **Bachofen,** Pfandr. p. 419. seg. **Wiederhold,** das interd. uti possidetis u. die N. O. N. Anau 1831. **Zimmermann,** O. N. N. und interd. quod vi aut clam (Arch. f. civ. Prax. XXXVII. 9). **Schmidt,** Abh. n. 26 seg. Il medes. das bei der O. N. N. einzuhaltende Verfahren nella Giess. Zeitschr. N. S VIII. 1. e negli Iahrb. des gem. D. R. IV. 7. **Rudorff,** ibid. IV. 3. **Ubbelohde,** üb. die Fassung der Stipulatio ex O. N. N. (Giess. Zeitschr. N. S. XVIII. p. 101 seg). **Vangerow** § 676.

I. La nunciazione di nuova opera è un atto stragiudiziale, in forza di cui il vicino che per un nuovo lavoro ha da temere un pregiudizio, ne vieta la continuazione, coll'effetto che venendo esso ciononpertanto seguitato prima che la sentenza sia pronunciata, si può domandarne senz'altro la restituzione nello stato in cui si trovava al momento della denuncia. Eccone intanto le condizioni:

1. E prima ci faremo ad esaminare quelle relative all'opera.

a. È necessario che l'opera sia aderente al suolo, *opera solo conjuncta* (1) e sia nuova: ma non importa che si tratti della costruzione di un'opera affatto nuova, o della mutazione di una già esistente, o della sua demolizione (2). Invece non si considera come opera nuova quella fatta semplicemente per mantenerne un'altra che già esiste (3).

b. L'opera dev' essere preparata o cominciata, ma non finita, perchè lo scopo della nunciazione è soltanto d'impedire il compimento di un lavoro (4).

c. Oltrecciò dev' essere dannosa sia pel publico interesse o per quello del nunciante. Per dirla con Ulpiano: *Nunciatio fit aut juris nostri conservandi causa aut damni depellandi aut publici juris tuendi gratia* (5).

2. Le condizioni relative alla persona del nunciante sono:

a. Trattandosi di interesse publico, ogni cittadino poteva nunciare un' opera nuova (6).

---

(1) L. 1 § 12 D. h. t. 39. 1.
(2) L. 1 § 11 D. eod.
(3) L. 1 § 13 D. eod.
(4) L. 1 § 1 D. eod.
(5) L. 1 § 16 D. eod.
(6) L. 3 § 4. L. 4. L. 5 D. eod.

b. In caso diverso il diritto non competeva che a colui il quale vi aveva uno speciale interesse (7) in forza di un diritto reale sovra un fondo. La nunciazione adunque poteva essere fatta primariamente dal proprietario come naturale rappresentante del fondo (8) e da coloro ai quali competeva una *utilis vindicatio*, cioè al creditore pignoratizio (9), al superficiario (10), e quindi senza dubbio anche all' enfiteuta e al possessore di buona fede. Lo stesso diritto di nunciare un' opera nuova spettava a quelli che avevano una servitù prediale (11), purchè fosse di tale natura da negare direttamente e non solo *per subsequens* la facoltà d' intrapprendere quel lavoro (12). L'usufruttuario invece non aveva un diritto indipendente alla nunciazione, ma poteva nunciare in nome del proprietario, *procuratorio nomine* (13). Ad ogni modo nè ad esso, nè al possessore di buona fede, nè all' enfiteuta, nè al superficiario, nè al creditore pignoratizio, era accordata facoltà di nunciare contro il proprietario, come non lo era a un comproprietario contro l'altro (14), perchè la nunciazione si faceva sempre in questi casi in nome del fondo. Coloro il cui interesse si basa unicamente sur un rapporto obbligatorio, per es. l'inquilino, il conduttore e simili, non avevano alcun diritto di nunciare (15).

3. Altre condizioni risguardavano la forma.

a. La nunciazione si poteva fare personalmente, o per mezzo di un procuratore, purchè fosse uomo libero e prestasse cauzione *de rato* (16). La nunciazione fatta da un comproprietario non valeva che per lui (17).

---

(7) L. 1 § 19 D. eod.
(8) L. un. § 3 D. de remiss. 43. 25.
(9) L. 9 D. h. t.
(10) L. 3 § 3 D. h. t.
(11) L. un. § 3 D. de remiss. 43. 25; L. 15 D. de S. P. U. 8. 2; L. 6 § ult. D. si serv. vindic. 8. 5,
(12) L. 14 D. h. t.
(13) L. 1 § ult. D. h. t.
(14) L. 2 L. 3 § 1 2 D. h. t.; L. un § 4 D. de remiss. 43. 25.
(15) L. 3. § 3. D. h. t.
(16) L. 1 § 3. L. 13 pr. L. 5. § 1. 18. D. h. t.
(17) L. 5 § 6. D. h. t.

b. Doveva anche farsi *in re presenti*, cioè nella immediata vicinanza dell'opera (18); e questa condizione non farà meraviglia per poco si pensi alla circostanza che la O. N. N. *in rem fit non in personam* (19). Doveva cioè manifestarsi anche nella forma esterna che era in certo modo all'opera stessa che si comandava di fermarsi.

c. Ancora, perchè la nunciazione era fatta all'opera stessa, bastava che alcuno fosse presente *domini operisve nomine*, perchè il *dominus* potesse averne notizia. In altri termini non era punto necessario che essa fosse diretta personalmente all'imprenditore della nuova opera; ma poteva esserlo anche a sua moglie, a' suoi figli, alla sua famiglia, perfino agli operai che lavoravano nelle costruzioni (20), purchè la persona fosse tale da comprenderla (21). Tra più imprenditori bastava che l'opera fosse denunciata ad uno (22).

d. Se la contraddizione riguardava solamente alcune parti dell'opera queste dovevano essere esattamente indicate (23).

e. Speciali formalità non erano punto prescritte. Segnatamente non era necessario che si facesse coll'intervento del magistrato (24). Nè occorreva la presenza dei testimoni, quantunque sia probabile che anche la O. N. N., come ogni altra denuncia, la esigesse nell'antico diritto (25). L'adibizione dei testimoni era soltanto utile a cagione della prova (26).

II. Veniamo agli effetti.

1. La nunciazione aveva per effetto d'impedire la continuazione dell'opera nuova (27), e perchè si faceva, come dicemmo, non alla persona ma all'opera, vincolava anche i successori si universali che singolari dell'imprenditore (28). Poteva però darsi

---

(18) L. 5 § 2. 4. 16 D. h. t.
(19) L. 10. 23 D. h. t.
(20) L. 1. § 5; L. 5 § 2-4 D. h. t.
(21) L. 10 L. 11 D. h. t.
(22) L. 5 § 5 D. h. t.
(23) L. 5. § 15 D. h. t.
(24) L. 1 § 2 D. h. t.
(25) Arg. L. 1 § 7. D. quod vi aut clam 43. 24.
(26) L. 8 § 1 D. h. t.
(27) L. 1 pr. L. 8 § 4 D. h. t.
(28) L. 8 § ult. L. ult. D. h. t.

che un publico interesse esigesse il compimento del lavoro, o vi fosse pericolo nell' indugio, e in ambi i casi l' opera poteva eccezionalmente venir continuata nonostante la denuncia (29).

2. Fuori di questi casi la continuazione dei lavori dava diritto al denunciante di domandare con un interdetto, che i moderni chiamano *interdictum demolitorium*, la restituzione della cosa allo stato pristino (30), nè importava che la nunciazione fosse o no fondata (31). Il reo doveva fare questa restituzione a proprie spese, e soltanto il successore prestava *patientiam destruendi operis* (32).

3. Del resto il denunciante aveva la scelta tra questo interdetto e l'*interdictum quod vi aut clam* (33).

III. Questi effetti della O. N. N. cessano :

1. Per la remissione del nunciante (34), purchè la nunciazione non sia avvenuta *publici juris tuendi gratia*, ché allora il contratto era nullo (35).

2. Per la remissione del magistrato. Il denunciato cioè, che voleva liberare la sua opera, poteva domandare la remissione alla competente autorità (36); e questa domanda andava sempre esaudita senz'altro, se il nunciante non voleva prestare il giuramento di calunnia qualora gli fosse chiesto (37), o colui, il quale aveva fatta la denuncia come procuratore, non prestava la cauzione *de rato* (38). Fuori di questi casi doveva cominciare un processo petitorio in cui il nunciante aveva la parte di attore, e quindi era tenuto a provare il suo *jus prohibendi*, ossia la legittimità della sua nunciazione (39). Se la prova gli riusciva, la nunciazione era mantenuta, altrimenti veniva rimessa (40).

---

(29) L. 5 § 11-13 D. h. t.
(30) L. 20 pr. D. h. t.
(31) L. 1 § 7. L. 20 § 1. 3. 4. D. h. t.
(32) L. 22 D. h. t.
(33) L. 7 § 2 D. quod vi aut clam 43. 24.
(34) L. 1 § 10 D. h. t.
(35) L. 7 § 14 D. de pact. 2. 14
(36) L. 5 § 17 fin. D. h. t.
(37) L. 5 § 14 D. h. t.
(38) L. 5 § 18 D. h. t.
(39) L. 1 § 6.L. 5 § 10 D. h. t; Basil. LVIII. 80. fr. 1 § 3.
(40) L. 1 pr. D. h· t; L. un pr. D. de remiss. 43 25.

3. La O. N. N. si estingueva eziandio *ipso jure* colla *stipulatio ex operis novi nunciatione*, cioè quando l'imprenditore dava una cauzione mediante satisdazione *de eventualiter demoliendo aut restituendo*, cioè di restituire lo stato pristino e risarcire ogni danno nel caso che fosse provato il diritto del nunciante (41). Se questi non accettava la cauzione, essa si aveva nondimeno per prestata (42): ma grazie a una costituzione di Giustiniano egli non ne aveva l'obbligo che qualora il processo avesse durato più di tre mesi (43). Dopo prestata la cauzione, il nunciante non poteva più turbare il nunciato nella sua opera, e in caso di turbazione quest'ultimo poteva farla cessare con un interdetto proibitorio (44).

4. Anche la morte del denunciante e l'alienazione che egli avesse fatta del fondo minacciato ponevano termine alla nunciazione; perchè se questa operava passivamente *in rem*, era però ristretta attivamente alla individualità del nunciante (45).

5. Prima di Giustiniano sembra anche essere valso il principio che la nunciazione perdesse senz'altro ogni efficacia dopo trascorso un anno, nè potesse venire rinnovata se il nunciante non otteneva nel frattempo una sentenza favorevole. Ciò peraltro venne abolito da Giustiniano (46).

---

5. Della *cautio damni infecti*.

Tit. D. de damno infecto et de sugrundis et protectionibus (39. 2).

Donelli, comment. XV. c. 46 **Cuiacii** ad L. 44 D. h. t. nelle Opere I. **Westphal,** de libert. et servitutib. praediorum cap. 12 § 202 seg. **Hesse,** die cautio damni infecti 2 ed Lips. 1838 **Groh,** Caution wegen zukünftigen Schadens Monaco 1854.—**Huschke,** de actionum formulis quae in lege Rubria extant. Vratisl. 1832. **Wydenbrugk,** de cond. obiectivis damni infecti actionis. Iena 1838. **Zimmern,** üb. die Wirkung des zweiten Decretes bei verweigerter cautio damni infecti (Arch. f. civ. Prax. VIII. 7. 4). **Schneider,** die allg. subs. Klagen p. 89 seg. **Bachofen,** Pfandrecht p. 368 seg. **Hesse,** üb. d. Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachbarn I. **Vangerow** § 678.

---

(41) L. 8 § 2-4, L. 21 § 1. D. h. t.; L. un. § 2 D. de remiss. 43. 25; cf. L. 3 § 5 D. quod vi aut clam 43. 24.

(42) L. 5 § 17 D. h. t.

(43) L. un C. h. t.

(44) L. 20 § 9 sq. D. h. t.

(45) L. 8 § 6. D. h. t.

(46) L. un. C. h. t.

I. In generale è lecito ad ogni proprietario di terre di costruire e mantenere bene o male le sue case o altri edifici, lasciare che ruinino e simili, senza che abbia l'obbligo di rispondere del danno che per tale ruina ne fosse derivato al vicino (1). Nondimeno ancora l'antico diritto, che aveva colle azioni nossali limitato questo principio per le cose animate, cioè pei servi e gli animali, lo limitò anche nel caso che una costruzione già esisistente, in forza di qualche vizio o per vecchiaia minacciasse di ruinare e cagionare così un danno: *damnum infectum, damnum non factum*. Per tal modo fin dai tempi delle *legis actiones* si poteva agire *damni infecti*: ma le disposizioni più vantaggiose del diritto pretorio fecero andare l'azione civile in dessuetudine (2). La base adunque del nuovo diritto romano è l' editto pretorio, il quale stabilisce, che colui il quale temeva questo danno, potesse domandare una cauzione all'effetto di essere garantito, e gli accorda più mezzi coattivi per conseguirla, cioè parte la *missio in possessionem* e parte una *in factum actio*. In tal modo il vicino assumeva la responsabilità pel suo fondo, cioè l'obbligo di risarcire il danno prevedibile (3): ma dall'altro lato colui, che pur vedendosi minacciato, trascurava di giovarsi di questo diritto, non aveva alcuna azione di risarcimento (4).

II. Esaminiamo prima di tutto per qual danno la cauzione possa venir domandata e da chi e contro chi.

1. Essa può chiedersi per ogni danno che ci minacci in forza di qualche difetto di un fondo vicino, segnatamente *vitio aedium loci, operis, arborum* (5). *Vitio aedium*, se un edificio minacciava ruina, che era il caso ordinario (6). *Vitio loci,* cioè per un vizio del suolo: ma va notato che occorreva un *vitium accidens extrinsecus*, e non bastava che il fondo fosse tale per natura da poterne derivare un danno al vicino (7). *Vitio operis*, in seguito a lavori minaccianti fatti sul fondo, per es. grondaie

(1) L. 6. L. 7 § 1 D. h. t. 39. 2.
(2) L. 5 D. ne quid in flum. 43. 8; Gai. 4, 31.
(3) L. 7 pr. D. h. t.
(4) L. 6. D. h. t.
(5) L. 24 pr. § 2. 9. 12 D. h. t.; cf. L. 18 D. rat. rem hab.
(6) L. 7 pr. L. 13 § 2. L. 20 D. h. t. et passim.
(7) L. 15 § 3. L. 20 L. 24 § 2 D. h. t.

e sporti, *suggrunda et protectiones* (8), opere idrauliche (9), pozzi (10), fosse da concime (11), forni (12), e ogni altra costruzione. *Vitio arborum*, cioè se un albero minacciava di cadere per vetustà nel fondo vicino e nuocere così alle viti e alla semente, o demolire qualche edificio (13).

2. Il diritto alla cauzione spettava per dirla con Paolo : *non tantum ei cuius in bonis res est, sed etiam cujus periculo res est* (14) ; e quindi sì al proprietario della cosa minacciata, e sì a coloro che vi avevano un diritto reale, per es. al superficiario (15), all' usufruttuario (16), al creditore pignoratizio (17), persino a quelli che avevano un interesse alla conservazione della cosa in seguito di un rapporto obbligatorio (18) : ma non anche a chi andava solamente su e giù pel fondo minacciato, o vi faceva dei singoli atti (19), e neppure al possessore di buona fede (20). Più interessati agivano ciascuno nella misura del proprio interesse (21). Ad ogni modo si suppone che colui il quale domandava la cauzione non avesse altra azione (22). Ancora, doveva almeno indicare un rapporto giuridico che lo autorizzava a ciò, e prestare dietro istanza dell'avversario il giuramento di calunnia (23) : ma non era per anche chiamato a provare il suo diritto (24).

3. L'obbligo della cauzione incombeva prima di tutto al pro-

---

(8) Rubr. D. h. t.
(9) L. 7 pr. D. h. t.
(10) L. 24. § 12 D. h. t.
(11) L. 7 § 2. D. si serv. vindic. 8. 5.
(12) L. 24 § 7 D. h. t.; L. 27 § 10 D. ad leg. Aq. 9 2.
(13) L. 24 § 9. D. h. t.
(14) L. 18 pr. D. h. t.
(15) L. 13. § 8. L. 39. § 2 D. h. t.
(16) L. 5 § 2. L. 13 § 8 D. h. t.
(17) L. 11 D. h. t.
(18) L. 13. § 5 L. 21. L. 38 D. h. t.
(19) L. 13. § 4. D. h. t.
(20) L. 11. L. 13 § 9 D. h. t.
(21) L. 5 § 2. L. 27. D. h. t.; cf. L. 21. L. 27. L. 39. § 2 D. h. t.
(22) L. 32 D. h. t.; L. 13 § 6. L. 33. L. 34. L. 38 pr. D. h. t.
(23) L. 7 pr. L. 13. § 3. 12 D. h. t.
(24) L. 13 § 3 D. h. t.

prietario (25), e oltrecciò al possessore di buona fede (26), e a tutti coloro che avevano un *jus in re*, come l'enfiteuta e il superficiario (27), l'usufruttario (28) e il creditore pignoratizio (29). Più obbligati rispondono alternativamente, e prestata la cauzione da uno, gli altri son liberi (30). Se il fondo minacciante era in proprietà di parecchi, ciascun comproprietario era tenuto alla cauzione per la sua parte e porzione (31).

III. Noi ci facciamo a considerare il modo onde la cauzione andava prestata e i suoi vantaggi.

1. Ecco le parole dell'Editto: *Damni infecti suo nomine promitti, alieno satisdari jubebo* (32). Conviene adunque distinguere. Il proprietario, il possessore di buona fede (33), e chi in forza di una servitù prediale fa un'opera sul fondo altrui (34) prestano la cauzione col mezzo di una semplice promessa vestita della forma della stipulazione. Tutti gli altri invece: l'usufruttuario (35), il superficiario (36), il creditore pignoratizio (37), e colui il quale erige un' opera su di una publica piazza (38), sono tenuti a somministrare dei fideiussori o una garanzia reale. La cauzione stessa andava prestata entro il termine stabilito dall'autorità (39): ma il cavente poteva domandare che il giudice, previa cognizione di causa, stabilisse un termine, passato il quale la cauzione dovesse andarne estinta (40). La cauzione adunque non era data che per un tempo determinato; ma

(25) L. 9 § 4. 5. L. 10. L. 15. § 27. L. 22 D. h. t.
(26) L. 13 pr. D. h. t.
(27) L. 9. § 4. L. 15 § 26. L. 19 D. h. t.
(28) L. 9 § 5. L. 15 § 25. L. 19 pr. L. 22 D. h. t.
(29) L. 11 L. 15. § 25. L. 19 pr. D. h. t.
(30) L. 9 § 4. 5 D. h. t.
(31) L. 27 fin. L. 40 § 3 D. h. t.
(32) L. 7 pr. D. h. t.
(33) L. 13 pr. D. h. t.
(34) L. 13 § 1. L. 30 § 1. D. h. t.
(35) L. 9. § 5. L. 10 D. h. t.
(36) L. 9. § 4 D. h. t.
(37) L. 11. L. 15 § 25 D. h. t.
(38) L. 7 pr. L. 15. § 2. 6. L. 24 D. h. t.
(39) L. 4. § 1 D. h. t.
(40) L. 7 pr. L. 13 § ult. L. 14 D. h. t.; cf. L. 15 § 1 D. eod.

s'intende da sè, che continuando ad esistere il motivo, poteva anche venir domandata una nuova cauzione.

2. Il vantaggio della cauzione sta in ciò, che avverandosi il danno temuto, ne nasce un' azione al pieno risarcimento del danno, e precisamente, a seconda dei casi, o l'*actio ex stipulatu*, o quella ipotecaria. Si suppone però più cose. Anzitutto che il danno sia derivato effettivamente dalla viziosa qualità dell'edificio, del suolo o dell'opera (41), mentre l'azione non era esperibile trattandosi di un danno proveniente da forza esterna *cui nulla ope occurri poterit* (42), o dall'esercizio legale dei poteri che competono al promettente pel suo diritto di proprietà (43). Ancora, l' avvenimento pregiudicevole deve essere occorso entro il termine a cui è limitato l'effetto della cauzione, quand' anche il danno medesimo si avverasse di poi (44); e deve occorrere appunto a quell' edificio a cui si ebbe riguardo nella cauzione (45). L'azione tende al risarcimento di ogni danno derivante da un vizio della casa, dell' opera ecc., e quindi tanto del danno emergente quanto del lucro cessante, e sì di quello cagionato dalla vera ruina, e sì di quello patito prima dal vicino pel giusto timore di questa ruina (46). L' obbietto della stipulazione essendo una somma di denaro dovuta a titolo di danni e interessi, *incerta quantitas*, l'obbligazione che ne risulta è divisibile, per cui più interessati non possono agire ned essere perseguitati che per le loro parti e porzioni (47).

IV. Se il vicino non fornisce la cauzione nel termine prescritto il magistrato accorda all' interessato la *missio in possessionem*, la quale ha due gradi.

1. Dapprima egli concede la immissione ordinaria, che si dice *missio ex primo decreto* (48), col diritto della detenzione pel *missus*, ma non già del possesso (49); che se la immissione

(41) L. 24 § 3-11. L. 43 pr. D. h. t.
(42) L. 24. § 8 D. h. t.
(43) L. 26. cf. L. 24 § ult. L. 25 D. h. t.
(44) L. 18 § 11 D. h. t.
(45) L. 18 § 5 D. h. t.
(46) L. 28. 29. 37 D. h. t.
(47) L. 40 § 2. 3. D. h. t.; L. 2. § 2 D. de stipul. praetor. 46. 5.
(48) L. 7 pr. D. h. t.
(49) L. 15 § 20 D. h. t.

fosse stata accordata contro il possessore di un *jus in re*, essa lo privava della possibilità di esercitare il suo diritto reale (50). Il pretore sperava d'indurre con questo mezzo il vicino a prestare la cauzione; e infatti la immissione veniva tolta non tosto la cauzione era stata prestata ed erano risarcite le spese fatte nel frattempo (51).

2. Riuscendo questo mezzo infruttuoso, l'interessato poteva domandare e ottenere una seconda immissione, che si chiama *ex secundo decreto* (52). Questa però supponeva più condizioni. E prima una cognizione di causa, perchè non era accordata se non *ex justa causa* (53), cioè dopo trascorso un certo tempo dalla prima immissione (54), e qualora l'obbligato non avesse degli speciali motivi di scusa (55). Oltrecciò anche ad essa doveva precedere una particolare denuncia all'obbligato (56). Quant'è ai suoi effetti, gioverà distinguere. Il proprietario era privato veramente della sua possessione (57), e l'immesso otteneva la proprietà della cosa (58); ma naturalmente prima di Giustiniano, non già il *dominium ex jure Quiritium*, bensì l'*in bonis*, il quale non si tramutava in proprietà quiritaria se non coll'usucapione. Se poi colui, il quale negava la cauzione, non era vero proprietario, ma solo possessore di buona fede, anche l'immesso non otteneva che una *bonae fidei possessio* colla *conditio usucapiendi* (59). Se finalmente la immissione era fatta contro chi aveva un altro diritto sulla cosa, era assolutamente negato al possessore di questo diritto di farlo valere contro il *missus*, ed anzi e' passava, per quanto ciò era possibile, al *missus* medesimo (60). Questi erano gli effetti del secondo decreto, che occorrevano quand' anche

(50) L. 15 § 24. L. 9 § ult. D. h. t.
(51) L. 15 § 31. 32. 34 D. h. t.
(52) L. 15 § 16 D. h. t.
(53) L. 4 § 4 D. h. t.
(54) L. 15 § 21 D. h. t.
(55) L. 15 § 21. 22. D. h. t.
(56) L. 4. § 5. 6 D. h. t.
(57) L. 15 § 23 D. h. t.
(58) L. 15 § 16. 17. 33 D. h. t; L. 7 § 1 D. de usufr. 7. 1; L. 5. L. 7 § 9. D. comm. divid. 10. 3; L. 1 pr. D. de fundo dot. 23. 5.
(59) L. 5 pr. L. 12. L. 15 § 16. 26. 27. L. 18. § 15 D. h. t.; L. 3 § 25 D. de acq. poss. 41. 2.
(60) L. 15 § 25. 26 D. h. t.

l'avversario si dichiarasse pronto a prestare la cauzione. A stornarli non v'era propriamente altro mezzo che la restituzione in intero (61).

3. Colui che non dava la cauzione e tentava anche di opporsi alla immissione provvisoria o definitiva nel possesso, era passibile d'una *in factum actio*, qualora il danno temuto si fosse effettivamente avverato (62). L'azione era perpetua e passava sì attivamente che passivamente agli eredi (63). In forza di essa il reo doveva prestare all'attore tutto ciò che sarebbe stato obbligato a prestargli se avesse data la cauzione; quindi il pieno risarcimento del danno (64).

V. Il vicino, che trascurava le cautele suaccennate per assecurarsi del danno, non aveva alcuna azione per domandarne il risarcimento nel caso ch'ei si fosse avverato. Anzi e'non poteva neppur pretendere che venissero allontanate la macerie cadute sul suo fondo (65), e avea solo diritto di ritenerle fino al completo indennizzo, o almeno finchè gli fosse prestata una sufficiente cauzione a cotale intento (66). Nondimeno questa regola pativa alcune eccezioni.

1. Se la ruina si avverava prima che fosse stata domandata la cauzione, ma il danneggiato poteva con giuste ragioni scusare la sua ommissione, la legge gli accordava un' azione contro il proprietario della casa ruinata, perchè o sgomberasse il terreno dalle macerie e gli prestasse cauzione di risarcirgli il danno patito, o abbandonasse la casa e l' area (67).

2. Se dopo fatta la domanda della cauzione, ma prima che si venisse ad altre misure, la casa ruinava, il pretore doveva a sua scelta imporre al proprietario dell'edificio che prestasse cauzione pel danno accaduto, o ammettere senz' altro un *actio in factum* contro di lui pel risarcimento (68). È naturale però che

(61) L. 15 § 33 D. h. t.
(62) L. 7 pr. L. 16 D. h. t.
(63) L. 17 § 3 D. h. t.
(64) L. 7 pr. L. 15 § ult. L. 16. D. h. t.
(65) L. 6. L. 44 D. h. t.
(66) L. 7. § 2. L. 9 § 3 D. h. t.; L. 5. § 4. D. ad exib. 10. 4; L. 8 D. de inc. ruina naufr. 47. 9.
(67) L. 7. § 2 fin. L. 8. L. 9. pr. D. h. t.
(68) L. 15 § 28 D. h. t.

il reo potesse anche in questo caso togliersi ad ogni responsabilità abbandonando la casa.

3. Se l' edificio ruinava dopochè l' attore aveva ottenuta la immissione nel possesso, ma prima di averlo effettivamente preso, valeva la regola che s' avesse a osservare appuntino ogni cosa come se il danno si fosse avverato dopo la presa della possessione (69). L'autore adunque entrava senz'altro in possesso della ruina e dell' area, e se il proprietario vi si opponeva, sperimentava l'*actio in factum* contro di lui per avere il pieno risarcimento del danno (70). D' altronde si supponeva che non vi fosse alcuna negligenza per parte sua (71).

4. Poteva accadere per ultimo che l'attore avesse debitamente chiesta la cauzione, ma gli altri provvedimenti non avessero avuto luogo per incuria del magistrato municipale, e intanto il danno si fosse verificato. Il danneggiato, purchè non fosse in colpa, aveva in questo caso un'azione al pieno risarcimento del danno contro il magistrato medesimo (72).

(69) L. 44. pr. D. h. t.
(70) L. 15. § 34 cf. coi § 32 e 35 D. h. t.
(71) L. 15 § 32 fin. § 34 fin. D. h. t.
(72) L. 4 § 7 - 10 D. h. t.

CAPO SECONDO

Lesione dell'onore. Ingiuria.

Tit. I. D. e C. de injuriis (4. 4 — 47.10 — 9.35).

Matthaeus, de crim. 47. 4 p. 138-180. **Weber,** üb. Injurien u. Schmäschriften 4. ed. Lips. 1820. **Walter,** üb. Ehre u. Injurie nach R. R. (N. Archiv. d. Crim. R. IV. p. 108 seg. 241 seg.). **Zimmermann,** de injuriis ex jure romano Berl. 1835. **Schmid,** de crimine laesae sanitatis Iena 1835 p. 17 seg. 37 seg. **Ziegler,** observ. jur. crim. P. I. Lips 1838 p. 5 seg. **Heffter,** die Begriffsverschiedenheit der röm. u. deutschen Injurie (Arch. d. Crim. R. Nuova Serie 1839 p. 237 seg.). **Mittermaier,** nel Rechtslex. di Weiske V. p. 863 seg. **Abegg,** üb. Injurien unter Ehegatten (Arch. d. Crim. R. Nuova Serie 1842 p. 396 seg) **Hoffmann,** Beiträge zur Lehre v. Injurien (Ibid. 1842 p. 497 seg.). **Savigny,** System II. p. 122 seg. **Gensler,** Bemerk. üb. d. Grund, d. Objekt u. d. Gränze der bei den Injurien vorkommenden aestimatorischer Klage u. der Klage aus dem Aquilischen Gesetz (Arch. f. civ. Prax. I. 11). **Chop,** Versuch einiger Beitr. zu d. Lehre v. d. Verjährung der Injurienklagen (Ibid. XVII. 8). **Gesterding,** Compensation der Injurien u. von der Wiedervergeltung. (Ausbeute I. 12, 1. 2).

La parola ingiuria si adopera comunemente per indicare un'ingiustizia qualunque, *quod non jure fit injuria fieri dicitur* (1); ma in una significazione più ristretta esprime ogni lesione fisica o morale dell'onore (2), sia con vie di fatto o con parole o in altro modo (3). Nondimeno, anche così ristretta, essa ha pur sempre una significazione molto ampia; perchè secondo i Romani abbracciava in certo modo tutte le lesioni che l'uomo, qual essere che gode la protezione dello Stato, patisce in altra cosa che ne'suoi diritti patrimoniali. Si può dire adunque che tutto il diritto privato dei Romani si aggira su di un duplice perno; cioè, parte attorno al patrimonio, parte attorno all'onore, e questo comprende in se medesimo tutti gli attributi dell'uomo, che non sono diritti patrimoniali, ma pur godono la protezione dello Stato. Giova però avvertire una cosa. Cominciando dall'epoca delle dodici tavole fino ai dì nostri, l'idea dell'onore e delle sue lesioni andò soggetta ad una continua limitazione, nel senso che per singole lesioni si svolsero col tempo delle idee speciali e speciali azioni private, mentre molte altre vennero separate dal

(1) L. 1 D. de inj. 47. 10;

(2) pr. I. h. t. 4. 4; L. 1. pr. D. eod. 47. 10.

(3) L. 1 § 1 D. h. t.; Coll. leg. II. 5.

diritto privato, e trasformate in istituti del diritto publico, massime del giure punitivo.

I. Noi cominciamo dal considerare l'elemento obbiettivo di questo reato.

Precisamente l'ingiuria dei Romani era, innanzi tutto, quello che è anche oggigiorno cioè in prima la lesione del buon nome mediante una calunnia, cioè colla falsa incolpazione di atti disonorevoli o immorali che rendano l'uomo spregevole e lo degradino dinanzi alla publica opinione; e oltrecciò la lesione del rispetto dovuto ad ogni uomo in generale o ad una persona in ispecie grazie alla posizione che occupa nella società, mediante contumelie, cioè con parole oltraggiose o altri segni diretti a questo scopo.

Senonchè i Romani accordarono l'azione delle ingiurie anche per ogni attacco alla libertà individuale (4), perfino contro colui che avesse privato una persona dell'uso della ragione somministrandole certi medicamenti (5), o l'avesse impedita dallo esercitare i suoi diritti senza averne il potere legale, ma anche senza l'intenzione di commettere una usurpazione; p. e. se introducevasi suo malgrado nella casa di esso, o contro il suo divieto cacciava nelle sue terre, e vietava di vendere le robe sue, o di fare il suo raccolto (6), e in generale: *si quis re mea uti me non permitat... injuriarum conveniri potest* (7).

Che più? I Romani abbracciarono fino ab antico colla parola ingiuria anche tutte le lesioni del corpo, ad esclusione della sola uccisione; p. e. un membro rotto, un osso fratturato, lo stupro ecc., e tutte le trattarono in origine sotto quest'unico aspetto giuridico (8). Che se di quando in quando la grande estensione della ingiuria patì qualche restrizione legale, p. e.

---

(4) L. 11 § 9 D. h. t.

(5) L. 15 D. h. t.

(6) L. 23. 24 D. h. t.; L. 25 D. de act. emti 19. 1; L. 21 § 7 D. de furt. 47. 2.

(7) L. 13 § 7 D. h. t.

(8) Gell. XX. 1. 12. 14-18. 33. 38; Gai. 3. 223; Coll. leg. II. 5; Cic. Verr. 2. 27. de inv. 2. 20; L. 9. § 4. L. 10. L. 25. D. h. t.; Paul V. 4. 14.

colla *Lex Iulia de vi privata* (9), e altre leggi sullo stupro (10), nondimeno la scelta delle azioni spettò pur sempre all'offeso.

Obbietto d'ingiuria poteva essere qualunque persona libera, ancorchè non fosse capace di valutarla: *pati quis injuriam, etiamsi non sentiat, potest* (11). Il servo invece non poteva essere obbietto possibile d'ingiuria, ma l'ingiuria recata al servo ricadeva sul padrone (12). Ancora, nessuno aveva diritto di lagnarsi di una ingiuria, se ciò che accadde era accaduto col suo beneplacito, e di qui il principio che: *volenti non fit injuria* (13). Per ultimo nessuno poteva dirsi leso nell'onore, se ciò che veniva detto a suo carico era vero; e quindi la prova della verità stava sempre aperta (14).

II. Consideriamo il lato subiettivo dell'ingiuria.

All'esistenza di questo delitto è necessario il dolo: l'agente cioè deve avere commesso un fatto illecito e aver la intenzione di offendere l'onore di un'altra persona, *cum..... injuria ex affectu facientis consistat* (15). Per tal modo il giudice o il magistrato, il quale conformemente alle leggi infligge delle pene che sono nocive all'onore del colpevole, non può certo tacciarsi d'ingiuria, perchè fa cosa a cui ha diritto (16). Anche il padre non commetteva ingiuria contro coloro che erano soggetti alla sua potestà, perchè aveva autorità di corregerli, e solo il figliuolo emancipato poteva sperimentarne l'azione contro di lui, trattandosi di ingiuria atroce (17). Per simile i Romani sentivano così altamente del matrimonio che un'azione d'ingiuria tra'coniugi non era nemmeno immaginabile (18). Ancora, non rispondono delle ingiurie i menteccatti e gl'impuberi non per anche prossimi alla

(9) L. 4 § 1 D. ad leg. Iul. vi priv. 48. 7; L. 15 § 34 D. h. t; L. 8 D. vi priv.; L. 15 § 31 D. h. t.

(10) P. e. L. 12. L. 34. pr. D. ad leg. Iul. adult. 48. 5.

(11) L. 3 § 1. 2 D. h. t.

(12) § 3. I. h. t.; Gai 3. 222; L. 15. 35. 44. 48 D. h. t.

(13) L. 1 § 5. L. 17 pr. L. 15 § ult. D. h. t.

(14) L. 18 pr. D. h. t.

(15) L. 3 § 1 D. h. t.

(16) L. 13 § 1 D. h. t; L. 16 § 2 D. de poen. 48. 19.

(17) L. 7 § 3 D. h. t.

(18) Abegg, üb. Jnjurien unter Ehegatten p. 396-413.

pubertà, perchè incapaci di dolo (19). Neppure è reo d'ingiuria chi offese altrui solo per celia (20), ammenochè non fosse contro i buoni costumi (21): anzi perfino l'errore nella persona può sotto certe circostanze liberare l'agente dall'*actio injuriarum*, cioè allorquando e' poteva permettersi quell'azione contro un altro, come sarebbe di chi avesse battuto un uomo libero credendolo il proprio servo (22). Del rimanente responsabile delle ingiurie non è soltanto chi le recò, ma ancora chi dolosamente le fece recare: *qui dolo fecit vel curavit* (23).

III. Veniamo alle specie dell'ingiuria.

1. I Romani distinguevano le ingiurie inferite *re* dalle ingiurie inferite *verbis: injuriae quae re aut verbis fiunt* (24), che i moderni chiamano ingiurie reali e verbali.

Riguardavansi come ingiurie verbali quelle consistenti in parole oltraggiose. Loro circostanza aggravante era il *convocium* o *convicium*, che si verificava quando più voci infamanti s'innalzavano contemporaneamente a profferire parole di contumelia contro un cittadino: una specie di scampanata (25).

Ingiurie reali erano quelle nelle quali l'offesa derivava dal fatto; come esempligrazia: quando si percuoteva alcuno; o anche solo si alzava la mano per percuoterlo; o si copriva di mondiglia; o si violava il suo domicilio; o contro il suo divieto si entrava nel suo fondo; o si impediva, senza l'intenzione di commettere un'usurpazione, ma coll'animo di recargli ingiuria, nell'esercizio dei suoi diritti; o si prendeva possesso de' suoi beni quasi fosse un nostro debitore; o come tale s'interpellava o traduceva dinanzi al tribunale, sebbene si sapesse che debitore non era; o si rivendicava in servitù un uomo che si sapeva esser libero; o si attentava al pudore di persona onesta; o anche solo si seguitava vistosamente, sebbene in silenzio; o si esponeva alcuno all'altrui derisione con libelli infamanti, *carmina famosa*,

---

(19) L. 3. § 1. D. h. t.; L. 111 pr. D. de R. I.
(20) L. 3 § 3 D. h. t.
(21) L. 15 § 23 D. h. t.
(22) L. 3 § 4. L. 15 § 15. L. 18 § 3 D. h. t.
(23) § 11 I. h. t.; L. 11 pr. § 3-6. L. 15 § 2. 8. D. h. t.
(24) L. 1 § 1 D. h. t.
(25) L. 1 § 1; L. 15 § 4. 11 D. h. t; § 1 I. h. t.; Paul. V. 4. 21.

o con scritture, o altri segni rappresentativi del pensiero ugualmente oltraggiosi (26).

2. Ancora, si distingue l'ingiuria semplice dalla ingiuria atroce. La parola *atrox injuria* ricorre nelle fonti stesse, e l' idea n' è determinata parte dalla qualità del fatto, e parte dal concorso di altre circostanze, che sono la persona, il luogo o il tempo. Dal fatto: come se taluno era percosso con verghe o nel volto; dalla persona: come se l' ingiuria era inferita a un magistrato, a un senatore da un individuo di umile condizione, a un ascendente dal discendente, o al patrono dal liberto; dal luogo: come se era arrecata in teatro, nel foro o alla presenza del magistrato; finalmente dal tempo: come se era fatta in un momento solenne, p. es. mentre l' ingiuriato esercitava funzioni sacerdotali. Simili circortanze possono rendere atroce un' ingiuria che per sè medesima sarebbe lieve (27).

3. Un' altra distinzione è quella che suol designarsi comunemente col nome d' ingiuria mediata e immediata. È poi mediata se non è fatta direttamente a noi, ma ad altra persona, purchè contenga implicitamente una offesa contro noi stessi per l'intimo rapporto, che ci lega all'ingiuriato (28). Per tal modo il padre poteva venir ingiuriato nella persona del figliuolo *in potestate*, o della moglie di lui (29); il marito nella persona della moglie (30); lo sposo in quella della sposa (31) e l'erede nella persona di colui che aveva lasciata l'eredità (32). Osservo però che la semplice esistenza di uno di questi rapporti non bastava ancora a costituire una ingiuria mediata: ma era necessario che l'agente avesse conoscenza del dato rapporto, o almeno sapesse in generale che esisteva (33). Del resto la ingiuria inferita direttamente al figlio, alla moglie ecc. non era tolta per ciò. L'azione

---

(26) Paul. V, 4, 21; § 1. I. h. t.; L. i. § 1. L. 15 § 7. 11 D. h. t. Doveri II. p. 318.

(27) L. 7 § 2 sqq. L. 8. L. 9 D. h. t.; § 9. I. h. t.; Gai. 3, 225; Paul. V. 4, 10.

(28) L. 1 § 3 D. h. t; § 2. I. h. t.

(29) L. 1 § 3 D. h. t.; § 2 I. h. t.

(30) L. 1 § 3 D. h. t.; § 2. I. h. t.

(31) L. 15 § 24 D. h. t.

(32) L. 1 § 4. 6 D. h. t.

(33) L. 18 § 4. 5; L. 1. § 8 D. h. t.

delle ingiurie sperimentata dal padre, dal marito, dallo sposo e dall'erede, lo era soltanto per l'offesa ch'essi avevano indirettamente risentita, non per quella direttamente recata contro le persone ch'erano loro unite per vincoli di subiezione o di affetto. Per conseguenza anche queste ultime avevano diritto d'intentare l'azione delle ingiurie (34).

IV. Com' erano punite le ingiurie?

La legge decemvirale comminava una pena capitale (35), cioè la fustigazione fino alla morte (36), alle scampanate e pasquinate: *si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam faceret flagitiumque alteri* (37); ma puniva con minore sanzione le lesioni corporali. Precisamente: la rottura di un membro importava la pena del taglione, che le parti però potevano ridurre a pena pecuniaria per accordo tra loro: *si membrum rupit ni cum eo pacit talio esto* (38): la frattura di un osso era punita con una ammenda di 300 o 150 assi, a seconda che l'offeso era libero o servo (39): ogni altra ingiuria soggiaceva a una pena di 25 assi (40).

Queste pene però non potevano mantenersi a lungo. Il taglione specialmente parve contrario allo spirito più mite dei tempi, e le pene pecuniarie erano insufficienti allo scopo (41). Il pretore adunque se ne ingerì, introducendo a poco a poco dei miglioramenti che finirono collo trasformare l'antica legge. Fu abolita la pena capitale e quella del taglione, come altresì la pena pecuniaria e considerata l'ingiuria come una *obligatio ex delicto*, che obbligava il reo alla soddisfazione. Anche questo delitto, come prima il furto, fu tirato così totalmente nel campo del gius civile, e dava diritto a una riparazione pecuniaria che voleva essere stimata di volta in volta dalla persona ingiuriata e dal giudice secondo giustizia ed equità (42). L'ingiuria atroce

(34) L. 1 § ult.; L. 18 § 2; L. 30 § 1; L. 31 D. h. t.; § 2 I. h. t.
(35) Cic. de rep. 4, 10.
(36) Cornut. ad Pers. 1, 137; Porph. ad Hor. ep. II, 1, 151.
(37) Cic. de rep. 4. 10; Aug. de civ. Dei II, 9. 12.
(38) Gell. 20, 1; Festus v. talio; Gai. 3, 223.
(39) Gai. 3, 223; Coll. leg. rom. et mos. II. 5.
(40) Gell. 20, 1; Gai. 3, 223; Coll. II. 5.
(41) Gell. 20, 1; Gai 3, 223.
(42) L. 11 § 1. L. 16. 18 D. h. t.

però soleva stimarsi dal pretore medesimo (43). Le pene comminate dalla legge decemvirale andarono allora in dessuetudine (44).

Più tardi una legge Cornelia stabilì una pena particolare per alcuni casi. La non osservanza dell'altrui personalità aveva raggiunto un altissimo grado nei torbidi delle guerre civili: l'onore e la proprietà venivano senza riguardo manomessi, e l'editto del pretore non porgeva alcuna sufficiente difesa. Affine di apprestarvi rimedio, Silla publicò una legge contro alcune ingiurie più atroci, vale a dire *ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, domumve suam vi introitum esse dicat* (45), e a quanto sembra introdusse per questi tre casi una pena criminale (46), che forse consisteva nella interdizione dell'acqua e del fuoco (47), lasciando però la scelta alla persona ingiuriata di domandare invece una riparazione pecuniaria che voleasi determinata dal giudice (48).

Un ultimo mutamento avvenne all'epoca dell'impero. Cambiatosi l'*ordo judiciorum publicorum*, anche la pena della legge Cornelia andò in disuso, dal momento che i magistrati superiori ottennero una maggiore libertà e potestà d'infliggere diverse pene secondo la natura del fatto e la persona del malfattore: *servi flagellis caesi.... liberi vero humilioris quidem loco fustibus subiiciuntur, ceteri autem vel exilio temporali, vel interdictione certae rei coercentur* (49). Alcune ingiurie che attaccavano più specialmente l'onore, come per es. le pasquinate, *liber famosus, carmen famosum* (50), le ingiurie dei figliuoli contro i loro genitori (51), e quelle recate a persone ecclesiastiche durante l'esercizio delle loro funzioni (52) erano punite anche con maggior sanzione penale.

(43) Coll. II. 2; Gai. 3, 224.

(44) Gell. 20, 1; Arnob. adv. gent. 4, 34; L. 15 § 23 D. h. t.; § 7 I. h. t.

(45) § 8 I. h. t.; L. 5 pr. D. h. t.; Paul. V. 4. 8.

(46) L. 12 § 4 D. de accus. 48. 2; Cic. pro Caec. 12; Paul. V, 4, 8.

(47) Ziegler observ. p. 31. 47.

(48) L. 37 § 1 D. h. t.

(49) L. 45 D. h. t.; L. 9. § 3 D. h. t.; Paul. V. 4, 22.

(50) L. 5 § 9. D. h. t.; L. 5 § 10 D. h. t.; Paul. V, 4. 15. 16; § 1 I. h. t.

(51) L. 1 § 2 D. de obseq. praest. 37. 15; L. un. C. de ingrat. 8. 50; L. 4 C. de patr. pot. 8. 47.

(52) Nov. 123 c. 31.

Conseguenza comune di tutte le pene criminali e delle condanne civili era l'infamia del condannato, che trovo pronunciata da prima nell'editto pretorio (53).

Quant'è alle azioni, distinguiamo innanzi tutto l'*actio injuriarum extimatoria*, che il pretore introdusse in luogo delle antiche azioni della legge decemvirale, e che si trova ancora nel diritto giustinianeo. Essa era applicabile ad ogni maniera d'ingiurie, e si fonda sull' idea, non di una semplice indennità, ma di una riparazione pecuniaria da darsi alla persona ingiuriata, giusta la sua propria stima, sebbene con una certa controlleria indiretta del pretore e colla facoltà attribuita al giudice di moderarla *ex bono et aequo* secondo l' entità dell'offesa, i rapporti personali delle parti e le condizioni finanziarie dell'imputato (54). Soltanto l'ingiuria atroce soleva stimarsi dal pretore medesimo (55). L'azione del reato non durava che un anno, come la maggior parte delle azioni pretorie (56); non poteva sperimentarsi che dalla persona la quale era stata direttamente o indirettamente ingiuriata e non passava agli eredi (57). Ancora, voleva essere intentata senza dilazione, ed era esclusa se l'attore non aveva riferita l'ingiuria a sè stesso, cioè non l'aveva accolta come tale, *injuriam dissimulare, derelinquere*, o l'aveva perdonata (58).

Vedemmo però come la legge Cornelia pronunciasse una maggior sanzione penale per alcuni casi speciali dell' ingiuria. Essa lasciò la scelta all'ingiuriato o di agire criminalmente in questi casi per fare infliggere al reo una pena publica (59), o di sperimentare un *actio civilis ex lege Cornelia* per ottenerne la condanna alla pena privata, l'ammontare della quale era, come vedemmo, determinato dal giudice (60). L'azione stessa era per-

(53) L. 1 D. de his qui infam. 3, 2; Paul. V, 4, 9. 19. 20; L. 7 pr. L. 42. D. h. t.; L. 5. 10. 18 C. ex quib. caus. inf. 2. 12.

(54) § 7 I. h. t.; cf. L. 5 § 1 D. ad leg. Aquil. 9. 2; L. 15 § 46 D. h. t.

(55) Coll. II. 2; Gai. 3, 224.

(56) Pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12; L. 5 C. h. t.

(57) L. 13 pr. D. h. t.; § 10. I. h. t; L. 10 § 2 D. si quis caut. 2. 11; L. 1 D. de priv. del. 47. 1.

(58) § ult. I. h. t.; L. 11 § 1, L. 17 § 6 D. h. t.

(59) L. 12 D. de accus.

(60) L. 37 § 1 D. h. t.

petua; ma del resto sottostava generalmente alle medesime condizioni dell'azione pretoria.

In processo di tempo il principio della legge Cornelia venne generalizzato. La facoltà di agire criminalmente, che la legge Cornelia aveva ristretto a tre casi, fu poi estesa ad ogni ingiuria un po' grave: *interest enim publicae disciplinae, opinionem uniuscuiusque a infamia vindicare*(61). Senonchè questa azione criminale importava, come dissi, una pena diversa da quella minacciata dalla legge Cornelia, cioé una pena *extra ordinem*; e ancora, continuò accanto ad essa l'antica azione civile fino ai tempi di Giustiniano, dimanierachè la persona ingiuriata aveva la scelta tra la pena publica *extra ordinem* e l'*actio injuriarum* che le procacciava una riparazione pecuniaria (62). La prescrizione rimase qual' era (63).

(61) Paul. V, 4, 15.
(62) L. 45 D.; § 10 I. h. t.
(63) L. 5 C. h. t.

CAPO TERZO

Lesione della libertà.

Interdictum de libero homine exhibendo.

Tit. D. de liberis exhibendis item ducendis (43. 30); C. de liberis exhibendis seu deducendis et de libero homine exhibendo (8. 8);

I Romani adoperavano la parola *plagium* a indicare ogni atto illegittimo con cui un uomo libero era contro la sua volontà ridotto in condizione di servo, o anche la potestà usurpata su di un servo altrui (1). Questo maleficio aveva dunque per iscopo la servitù e supponeva:

1. Come obbietto o un uomo libero fatto servo contro la sua volontà, o un servo che contro la volontà del suo padrone veniva tenuto in dipendenza;

2. Un atto illecito, quale era per es. il celare, il vendere, il donare, il tenere in ceppi ec. per cui l' obbietto veniva recato in questo stato di dipendenza. Al qual proposito osservo che d'ordinario si avrà avuto ricorso alla frode, come vi accenna la etimologia stessa della parola (2), ma è indubitato che il plagio poteva anche commettersi con violenza (3);

3. Occorreva finalmente il dolo, cioè la intenzione del colpevole di recare l'altro nella sua potestà quantunque ei sapesse che era un uomo libero o uno schiavo altrui (4).

Il trattamento era anticamente diverso secondo le circostanze; perchè il colpevole od era punito dal giudizio popolare o costretto alla esibizione mediante l'interdetto pretorio *de homine libero exhibendo,* o anche si sperimentava contro di lui l'*actio furti* o l'*actio servi corrupti.* Più tardi la legge Favia chiamò una commissione a giudicarne, e minacciò una pena pecuniaria (5), la quale all'epoca imperiale andò in disuso come troppo mite. Allora gli ufficiali chiamati a conoscere di questo delitto vi ap-

(1) L. 6 § 2 D. ad leg. Fav. 48. 15; L. 4. 5. 6 pr. D. eod.: L. 1. 2 C. ad leg. Fav. de plag. 9. 20.

(2) Isidor. X. p. 1084.

(3) L. 1 C. ad leg. Fav. de plag.

(4) L. 1. 3. pr. 4. 6. § 2. D. ad leg. Fav.; L. 8. 14. 15 C. eod. 9. 20.

(5) L. 7 D. eod.; Coll. XIV. 2.; Paul V, 6, 14.

plicarono delle pene più severe *extra ordinem* (6). Anche Diocleziano publicò parecchie leggi intorno al plagio (7), minacciandolo di pena capitale (8), per cui intendeva i metalli e la croce (9), e Costantino rincarì la dose (10). La pena pecuniaria non continuò propriamente, a quanto sembra, che pel *plagium* commesso su di uno schiavo (11). Ciò che più c'interessa, e per cui solamente abbiamo discorso del plagio in questo trattato delle obbligazioni, si è che esso concorre coll' *interdictum de homine libero exhibendo*, che è un' azione civile privilegiata, per cui ogni cittadino può reclamare l'esibizione di un uomo libero ritenuto con dolo (12). Questo interdetto è destinato a tutelare la libertà come un publico interesse (13), ed ha lo scopo di procacciare l'occasione all'attore di vedere quell'uomo e parlargli liberamente (14). Non può per altro venire sperimentato contro colui che ha diritto alla retenzione (15), o la esercita senza saperlo, o colla volontà del paziente (16), o crede di avervi un diritto, o lo accampa; perocchè questo interdetto sia accordato per tutelare la libertà indubitata, e non anche per accertare la libertà controversa, nè deve recar pregiudizio a un *liberale judicium* (17).

Colui, al quale incombe l'esibizione, viene condannato nella *litis aestimatio* se non obbedisce all'ordine dell'arbitro. Il pagamento però non lo esonera dal suo obbligo, e se persiste ciononostante nel niego, l'interdetto può essere ripetuto dallo stesso o da un altro attore a piacimento (18).

Tra più attori il pretore dà la preferenza al più adatto, avendo riguardo alle sue relazioni colla persona da esibirsi, alla sua fede e dignità.

---

(6) L. 7 D. ad leg. Fav.

(7) L. 6-15 C. eod.

(8) L. 7 C. eod.

(9) L. 7. D. eod.; Coll. 14; L. un. C. Th. ad leg. Fav. 9. 18.

(10) L. un. C. Th. ad leg. Fav. 9. 18.; L. 16 C. eod.

(11) L. 6 C. eod.; § 10 I. 4. 18.

(12) Paul. V, 6, 14; Tit. D. de hom. lib. exhib. 43. 29; Tit. C. de lib. exib. 8. 8

(13) L. 1 pr. § 1; L. 2. L. 3. § 1. 5. 9 D. de hom. lib. exib. 43. 29.

(14) L. 3 § 8. D. ad leg. Fav.

(15) L. 3 § 2-4 D. eod.

(16) L. 3 § 5. 6. L. 4 § 3 D. eod.

(17) L. 3 § 7 D. eod.

(18) L. 3. § 13 D. eod.

CAPO QUARTO

Lesione del diritto delle *res extra commercium.*

Tit. 43 6 fino al 43. 15.
Schmidt, die interd. de cloacis (Zeitschr. f. g. R. W. XV. 3). **Vangerow** § 671.

Registriamo sotto questa rubrica più determinazioni del diritto romano in difesa dei luoghi sacri, dei luoghi publici, delle vie publiche, dei fiumi publici, delle cisterne publiche, e delle cloache publiche.

1. In difesa di un luogo sacro. Se alcuno intrapprende qualche cosa in un luogo sacro per cui a esso luogo ne derivi un danno, ogni membro della rispettiva comunità religiosa ha un interdetto (1), il quale non è solamente proibitorio ma anche restitutorio (2).

2. In difesa di un luogo publico. Se taluno fa qualche opera in una piazza publica, ognuno che ne risente un danno ha un interdetto proibitorio (3). Non altrimenti spetta un interdetto proibitorio al conduttore di un luogo publico contro chiunque lo impedisse di usufruttare il fondo secondo il tenore del contratto di locazione (4).

3. In difesa di una via publica. Ognuno del popolo aveva un interdetto proibitorio contro colui che faceva un'opera o una mutazione in una via publica, per cui questa diventasse peggiore (5), e un interdetto restitutorio contro il possessore dell'opera medesima sia che egli stesso l'avesse fatta o no (6). Il possessore che n'era a un tempo autore doveva rimuoverla a proprie spese, altrimenti non aveva che a *patientiam praestare* (7). D'al-

(1) L. 1 pr. D. ne quid in loco sacro 43. 6.
(2) L. 2 § 19 D. ne quid in loco publ. 43. 8.
(3) L. 2 pr. § 1. 5. 10-18. D. ne quid in loco publ. 43. 8.
(4) L. 1 D. de loco publ. fruendo 43. 9.
(5) L. 2 § 20. 21. 32. 34 D. ne quid in loco publ. vel itinere fiat 43. 8.
(6) L. 2 § 35. 36. 43. D. eod.
(7) L. 2 § 43 D. eod.

tronde la cura delle strade e vie cittadine e spettava al magistrato, e l'interdetto non trovava applicazione ad esse (8).

Chi era impedito dall' aprire o riattare, *aperire et reficere*, una publica via aveva pure un interdetto proibitorio (9): ma anche questo non era applicabile che alle *viae rusticae*, perocchè, come avvertimmo, *urbicarum cura pertinet ad magistratus*.

Poteva darsi finalmente che taluno fosse impedito nell' uso di una via publica, e anche in questo caso era ammesso, oltre all'azione delle ingiurie, uno speciale interdetto proibitorio. Questo impedimento poteva essere sì personale che reale; e l'intervento del *curator viarum* non escludeva punto l'azione privata. Il suo scopo era di togliere l'impedimento e di avere risarcito il danno (10).

4. In difesa di un fiume publico. Se alcuno faceva delle opere in un fiume publico o nelle sue rive, per cui ne riuscisse mutato il corso dell'acqua, *aliter atque priore aestate*, in modo dannoso ai fondi rivieraschi, o impedita la navigazione o gli approdi, *quo statio iterve navigio deterior sit*, il pretore accordava due interdetti popolari: uno proibitorio contro l' imprenditore dell'opera (11) e uno restitutorio contro il possessore di essa (12). Nel primo caso non si faceva distinzione tra fiumi navigabili e non navigabili, nel secondo si. L'interdetto proibitorio per altro era applicato *utiliter* anche ai fiumi non navigabili, se l'opera ne mutava il corso in modo pregiudicevole (13), non altrimenti che al mare e al lido del mare (14).

Ognuno poteva migliorare le rive per assecurare i suoi fondi, purchè non ne derivasse danno alla navigazione e prestasse una *cautio damni infecti* per lo spazio di dieci anni: se alcuno lo

---

(8) L. 2 § 24 D. eod.

(9) L. 1 D. de via publ. et itin. publ. 43. 11.

(10) L. 2 § 45 D. ne quid in loco publ. 43. 8; Paul. 5, 6, 2; L. 1 D. de loc. et itin. publ. 43. 7; L. 42 pr. D. de proc. 3. 3.

(11) L. un. pr. § 1 sqq. D. ne quid in flumine publ. fiat quo aliter aqua fluat 43. 13; — L. 1 pr. § 1. sqq. D. de fluminib. ne quid in flum. publ. ripave ejus fiat quo pejus navigetur 43. 12.

(12) L. un. § 11 sqq. D. ne quid in flum. publ. 43. 13. — L. 1 § 19. sqq. D. de fluminib. 43. 12.

(13) L. 1 § 12. 18 D. de fluminib. 43. 12.

(14) L. 1 § 17 D. eod.

impediva, egli aveva contro di lui un interdetto proibitorio (15).

Per ultimo competeva questo interdetto a chiunque era impedito nell' uso delle acque publiche, sia correnti o stagnanti, o delle rive, per navigare o abbeverare il bestiame (16). Chi era impedito dal pescare in un fiume publico non aveva che l'azione delle ingiurie; ma ben poteva il publicano il quale aveva preso in appalto una peschiera, sperimentare anche un *utile interdictum* (17).

5. In difesa dell'acqua *ex castello*. Chi aveva acquistato legittimamente il diritto di condur l'acqua da un publico serbatoio, *ex castello*, nel suo fondo, aveva pure un interdetto proibitorio in difesa di questo suo diritto (18).

6. In difesa delle publiche cloache. Se alcuno faceva un lavoro per cui ne venisse peggiorata una publica cloaca, ognuno del popolo aveva un interdetto proibitorio contro l'imprenditore dell'opera ed uno restitutorio contro il possessore di essa (19).

---

(15) L. un. D. de ripa munienda 43. 15

(16) L. un. pr. § 8 D. nt. in flum. publ. navigare liceat 43. 14.

(17) L. un. § 7 D. eod.; L. 13 § 7 D. de inj. 47. 10.

(18) L. 1 § 38 sqq. D. de aqua quotidiana et aestiva 43. 20.

(19) L. 1 § 15. 16. L. 2. D. de cloacis 43. 23.

SEZIONE TERZA

OBBLIGAZIONI DERIVANTI DA VARIE CAUSE

Variae causarum figurae.

CAPO PRIMO

Obbligazioni che nascono come da un contratto.

I. Nozioni generali.

I quasi contratti possono definirsi: fatti leciti, pei quali tanto chi li eseguisce scientemente quanto chi li eseguisce inscientemente rimane obbligato a cagione di utilità e di equità. Il fatto adunque e non il consenso è l' origine del vincolo di gius in queste obbligazioni: ma il fatto è tale che volendo rispettati i principii di giustizia e di equità, è forza ritenerlo come causa di obbligazione in chi ne risenti il vantaggio verso chi glielo procurò. Le nostre fonti esprimono questa idea col dire, che l' obbligazione nasce *ex re*, ossia dal fatto, ed è riconosciuta *utilitatis, aequitatis causa* (1). Perchè poi queste obbligazioni presentano tutte una certa analogia con qualche contratto, perciò si dicono obbligazioni che nascono come da un contratto, e per brevità quasi-contratti.

Le Istituzioni imperiali annoverano tra essi:

1. Il pagamento dell' indebito, *indebiti solutio ;*
2. La comunione incidentale, *communio incidens ;*
3. La gestione d'affari senza mandato, *negotiorum gestio ;*
4. L' amministrazione della tutela e della cura, *tutelae vel curae gestio ;*
5. L'adizione dell' eredità, *hereditatis aditio*, che obbliga l'erede a pagare i legati e i debiti ond' è onerata.

(1) L. 5 pr. L. 46 D. de oblig. et act. 44. 7.

Senonchè il dettaglio di questi due ultimi casi appartiene al diritto di famiglia e al diritto ereditario: invece trattando del pagamento dell'indebito, diremo anche degli altri, in cui taluno può ripetere il pagato per difetto della *causa dandi*, cioè di tutte le *condictiones datorum* all'infuori della *condictio mutui*.

II. Ripetizione del pagato per difetto della *causa dandi*.

1. Principii generali.

Voigt, üb. die condictiones ob causam u. üb. causa u. titulus im Allg. Lips. 1862. **Goetz,** meditationes de condictionum doctrina Lips. 1856. **Mandry,** zur Lehre vom Gegenstande der Condictionen (Arch. f. civ. Prax. XLVIII). **Jacobi,** der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden e nes Anderen (Iahrbücher di Ihering IV).

V'hanno in gius romano più casi nei quali vien data qualche cosa a taluno, ma la cosa data può essere ripetuta, perchè altrimenti vi sarebbe un avere *sine causa*. I Romani cioè i quali partono dal principio che un uomo sensato non possa spogliarsi senza causa di cosa che gli appartiene, crearono delle azioni in ripetizione all'uopo di escludere un arricchimento ad altrui spese, che considerano come cosa ingiusta ed iniqua (1). Precisamente si può distinguere se la cosa fu data per un motivo passato o presente, *ob causam*, o per un fine futuro, *ob rem* (2).

Nel primo caso non è ammessa di regola alcuna *condictio;* e solo eccezionalmente si fa luogo alla *condictio indebiti* o alla *condictio sine causa*, a seconda che per errore fu pagato un indebito o la causa non ha sussistenza giuridica (3).

Se invece fu data qualche cosa per un fine futuro, e questo fine non si verifica, o la dazione involge una turpitudine per l'acquirente, havvi di regola una *condictio*: cioè a seconda dei casi la *condictio causa data causa non secuta* o la *condictio ob turpem causam* (4).

---

(1) L. 14 D. de cond. indeb. 12. 6.

(2) L. 52. L. 65, pr. § 2. 4. D. de cond. indeb. 12. 6.

(3) L. 52 D. de cond. ind.

(4) L. 52. L. 65 § 4. D. de cond. ind.

Tutte queste *condictiones* suppongono che la cosa non sia pervenuta nelle altrui mani *ex justa causa*: *constat id demum possc condici alicui quod vel non ex justa causa ad eum pervenit vel redit ad non justam causam* (5). Suppongono altresì che l'acquirente se ne trovi locupletato con altrui iattura (6); e per ultimo che il danneggiato non possa sperimentare la vindicazione, dappoichè è principio ben noto che *nemo rem suam, nisi furi, condicere potest* (7).

---

2. In ispecie:

A. *Della condictio indebiti.*

Tit. D. e C. de condictione indebiti (12. 6 — 4. 5).

Glück XIII. p. 69 seg. **Christiansen,** v. der naturalis obligatio u. condictio indebiti Kiel 1844. **Erxleben,** die cond. dandi. Parte prima die cond. indeb. Gott. 1850. **Thibaut,** Beiträge zur Lehre v. der cond. indeb. (Vers. II. 5). **Sell,** Beitr. zur Lehre v. der cond. indeb. (nei suoi Iahrb. I. 4). **Zimmermann,** Beiträge zur Theorie der condictio indebiti Giess. 1868. **Savigny,** System III. App. VIII. n. 11. 35-38. **Renaud,** zur Lehre v. der Rückforderung einer irrthümlich bezahlten Nichtschuld nach R. R. (Arch. f. civ. Prax. XXIX. 4. 14). **Rosshirt,** de legitimo condictionis indebiti fundamento Erlang. 1818. **Gensler,** v. dem speciellen thathsächl. Klaggrund der cond. sine causa, cond. indebiti u. cond. furti (Arch. f. civ. Prax. II. 27). **Herrmann,** ob die Zulässigk. der Condiction einer aus Irrthum gezahlten Nichtschuld von der Unterscheidnng zwischen error juris u. facti abhängt od. nicht? (Giess. Zeitschr. N. S. III. 3). **Benfey,** zur Lehre v. d. Bew. der cond. indeb. (Giess. Zeitschr. XIV. 7). **Gesterding,** vom Beweis der bei der cond. indeb. zu führen ist (Ausbente II. 11. 3). **Zimmermann,** der Beweis des Irrthums bei der cond. indeb. (Arch. f. civ. Prax. XLVIII). **Vangerow** §. 625.

I. Chi per errore paga quello che non deve ha diritto di ripetere il pagato. Il ricevimento di un indebito fa quindi luogo a una obbligazione di restituzione, simile al mutuo, ma diversa da esso in ciò, che la cosa indebita vien data senza la intenzione di fondare una obbligazione (1). Quest' obbligo, nascente da quasi contratto, suppone il concorso delle condizioni seguenti:

---

(5) L. 1 § 3 D. de cond. sine causa 12. 7.

(6) L. 3. L. 26 § 12. med. L. 32 pr. L. 65. § 7. 8. L. 63 D. de cond. ind. L. 8 § 22. D. de transact. 2. 15; L. 23 D. de reb. cred. 12. 1.

(7) L. ult. D. de usufr. quemadm. 7. 9.

(1) § 1 I. quib. mod. re contr. obl. 3. 14; § 6. I. de obl. quasi ex contr. 3. 27; L. 5 § 3. D. de O et. A. 44. 7.

1. Che sia stato fatto un pagamento, cioè una prestazione qualunque, sia di *dare*, sia di *facere*, come di *praestare* (2), coll'intenzione di eseguire e quindi di estinguere una obbligazione, non già per altra causa, per es. a titolo di ricompensa o per rendere un servigio ecc. (3). La prestazione adunque, che ripetiamo, deve riunire tutte le condizioni d'un pagamento valido, astrazione fatta dalla insussistenza della obbligazione (4).

2. È necessario che il pagamento non sia dovuto. Per ciò non lice ripetere ciò che fu pagato in esecuzione d'una obblizione naturale (5). Anzi la legge esclude la *condictio indebiti* persino in alcuni casi in cui il pagamento fosse stato fatto in soddisfazione di un semplice debito morale, in casi adunque in cui la ripetizione conterrebbe una specie di turpitudine cioè un' offesa alla pietà o al buon costume (6). Ancora, non è ammessa se il debito quantunque giuridicamente esistente può nondimeno in seguito ad un *beneficium juris*, come sarebbe quello della competenza o della divisione, venir infirmato in modo da accordare bensì al debitore una *retentio*, ma non anche una *petitio* (7). Inoltre, trattandosi di una *obligatio sub die certo*, il debitore che pagò prima della scadenza di questo termine non è ammesso a ripetere come indebito quello che ha pagato, perchè il termine sospende la *solutio* e non anche la *obligatio* (8). La ripetizione dell' indebito non è data neppure a chi pagò prima del verificarsi della condizione se all'epoca del pagamento era indubitabile che la condizione si sarebbe verificata, perchè la condizione in questo caso non è vera condizione (9). Cessa parimenti la ripetizione se il debito, nullo in origine, nacque di poi, p. e. in forza di una sentenza o transazione (10); o

(2) L. 3. 22. § 1. L. 31. 39. D. h. t.

(3) L. 65 § 2. D. h. t.

(4) § 1 verb. Unde pupillus I. quib. mod. re contr. obl. 3. 14.

(5) L. 64 D. h. t.; L. 13. 19 pr. L. 26 § 12. L. 38. § 1. 2. L. 59 D. h. t.; L. 40 D. h. t.; L. 14 D. de R. C. 12. 1; L. 9 § 4. 5. L. 10 ad S. C. Mac. 14. 6; L. 3. § 7 D. quod quisque jur. 2. 2.

(6) L. 11. L. 26 pr. L. 32 § 2 D. h. t.; L. 27 § 1 D. de neg. gest. 3. 5; L. 5 § 14. D. de agn. et al. lib. 25. 3; L. 11. 15 C. de neg. gest. 2. 19.

(7) L. 15. D. h. t.; L. 9 D. h. t.; L. 49. § 1. fin. D. de fidej. 46. 1.

(8) L. 10. L. 17 D. h. t.

(9) L. 18 D. h. t.

(10) L. 65 § 1 D. h. t.

viceversa se all'epoca del pagamento il debito era veramente fondato, ma poi le circostanze si mutarono in modo, che la obbligazione non si potrebbe più far valere adesso, come sarebbe nel caso di una pena già pagata (11). Finalmente la legge vieta la ripetizione anche in tutti i casi in cui *lis contra inficiantem in duplum crescit*, perchè nel pagamento vede qui una specie di transazione (12); e per simile chi ha pagato *ex causa judicati* non può ripetere come indebito quello che pagò quand' anche un vero giudicato non esistesse (13).

Vi ha effettivo pagamento di indebito:

a. Quando l'obbligazione, che esso è destinato ad estinguere, non esiste punto: *si omnino non debeatur* (14), sia che non abbia mai esistito e non debba neppur avere nascimento (15), o sia che ancora non esista, cioè qualora la sua esistenza viene fatta dipendere da una condizione o da un *dies incertus* (16). Oltrecciò se è nulla, sia *ipso jure*, sia *ope exceptionis* (17).

b. Quando non esiste alcuna obbligazione almeno riguardo all'obbietto che fu pagato; cioè quando il debitore pagò una cosa diversa da quella dovuta (18); o credeva di dovere una specie, mentre non era tenuto che in genere (19); o credeva di essere debitore *simpliciter* mentre non lo era che alternativamente, sebbene fosse ammessa una eccezione nei legati (20), o credeva che il suo debito fosse cumulativo mentre non era che alternativo (21); o nel caso che fosse stata convenuta una *datio*

(11) L. 42 D. h. t.; L. 46. D. de R. I.; L. 35 D. h. t.; L. 3 § 14 D. de tab. exh. 43. 5; L. 1 § 2 D. de leg. Iul. amb. 48. 14; cfr. Glück XIII. p. 105 sqq.

(12) § 7 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27; L. 4 C. h. t.; cf. Gai 2, 283; Ulp. 23, 33.

(13) L. 36 D. fam. herc. 10. 2; L. 74 § 2 D. de judic. 15. 1; L. 1. C. h. t.; L. 2 C. de comp. 4. 31.

(14) L. 26 § 3 D. h. t.

(15) L. 2 § 1. L. 37 D. h. t; L. 16 D. contr. emt. 18. 1; L. 7 D. de her. v. act. vend. 18. 4.

(16) L. 16 pr. § 1.; L. 18. 48. L. 60 § 1 D. h. t.

(17) L. 26 § 3. 7. L. 30. L. 32. § 1. L. 40 pr. § 2. L. 43 D. h. t.

(18) L. 19 § 3 D. h. t.

(19) L. 32 § 3 D. h. t.

(20) L. 32 § 3 D. h. t. — L. 19 D. de legat. II.

(21) L. 26 § 13. fin. D. h. t.; L. 10 C. h. t.

in solutum, il debitore vi sostituisse un maggiore obbietto, credendo di dovere più che non deve (22).

c. Quando chi ha ricevuto non era punto creditore o chi ha pagato non era debitore del debito (23).

3. Un' altra condizione necessaria all'esistenza della *indebiti solutio* si è che il pagamento sia stato eseguito per errore, cioè che pagando l' indebito si abbia creduto di eseguire una obbligazione che c' incombeva (24). Il dubbio equivale all'errore, salvo all' accipiente di provare che il pagamento sia stato eseguito *animo transigendi* (25). È però questione fra gl' interpreti del diritto romano, se il pagamento eseguito per errore di diritto possa venir ripetuto. Alcune leggi negano questa ripetizione in modo assoluto (26), o almeno suppongono l'errore di fatto come causa di ripetizione dell' indebito (27). Nondimeno, combinando questi testi con altre decisioni, che pur ammettono la *condictio indebiti* in certi casi nei quali havvi evidentemente errore di diritto (28), riteniamo che debba seguitarsi anche qui la regola che vale generalmente intorno a questa specie di errore, che cioè esso nuoce a chi l'ha commesso, ammenochè non sia un errore scusabile e si tratti solamente di evitare una perdita (29). Chi pagava un indebito scientemente o in base ad un errore non scusabile era risguardato come donatore, *quasi donaturus dedit*, e non poteva domandare la ripetizione (30).

4. L'ultima condizione della *condictio indebiti* si è che l'accipiente non sia in mala fede, e quindi anche lui non deve saper nulla dell' *indebitum*, chè altrimenti accettandolo si renderebbe reo di un furto (31) e in luogo della *condictio indebiti* sa-

(22) L. 26 § 4. 5 D. h. t.

(23) L. 65 § ult. D. h. t.; L. 19. § 1 D. eod.; L. 31 pr. D. de her. pet. 5. 3.; L. 8 C. h. t.

(24) L. 1 § 1. L. 24. 26 § 8. L. 50. 54. 62. L. 53 D. de R. I.; L. 1. L. 9 pr. C. h. t.

(25) L. 11 C. h. t.

(26) L. 10 C. de juris et facti ign. 1. 18; L. 6 C. eod.

(27) L. 6. 7. C. h. t.

(28) 32 § 1. L. 64 D. h. t.; L. 1 pr. D. ut in possess. legator eatur 39. 4; Arg. L. 79 D. de legat. II.; L. 5. 10 C. h. t.

(29) Arg. L. 25 pr. D. de probat. 22. 1; L. 6. 7. 10 C. h. t.

(30) L. 53 D. de R. I.; L. 17. L. 26 § 8. L. 62 D. h. t.

(31) L. 18 D. de cond. furt. 13. 1; L. 43 pr. D. de furt. 47. 2.

rebbe applicabile la *condictio furtiva*; chè il ladro non può mai diventar proprietario di ciò che gli ha fruttato il furto. Nondimeno havvi una concorrenza alternativa tra l'una e l'altra in alcuni casi. Se alcuno pagava un indebito in nome d'un altro e questi ratificava il pagamento, il pagante aveva la *condictio furtiva*, e il ratiabente la *condictio indebiti; sed altera condictione altera tollitur* (32). Ancora, se taluno riceveva scientemente un indebito in nome di un altro e questi lo ratificava, chi aveva pagato l'indebito poteva sperimentare, a sua scelta, la *condictio furtiva* contro il vero accipiente o la *condictio indebiti* contro il ratiabente (33).

II. L'azione con cui può ripetersi l'indebito è detta *condictio indebiti*.

1. Essa spetta a chi pagò l'indebito ed al suo erede (34). Qualora chi materialmente pagò l'indebito l'avesse pagato come mandatario, la *condictio indebiti* spetterebbe al mandante: se egli l'avesse pagato come *negotiorum gestor*, la *condictio* spetterebbe ugualmente al principale, purchè questi avesse ratificato il pagamento (35). Non altrimenti essa compete al vero erede in ripetizione di ciò che un erede putativo avesse indebitamente pagato per conto dell'eredità (36).

2. L'azione s'intenta contro chi ricevè il pagamento dell'indebito e contro il suo erede (37). Qualora però il pagamento fosse stato eseguito ad un rappresentante, che avesse il mandato di riceverlo, o la cui gestione fosse stata ratificata dal principale, la *condictio* poteva essere sperimentata anche contro il principale medesimo (38).

3. Lo scopo della *condictio indebiti* è di ottenere la restituzione non già di ciò che fu pagato ma di ciò onde il reo si

(32) L. 18 D. de cond. furt. 13. 1; L. 80. § ult. D. de furt. 47. 2.

(33) L. 80 § 5. D. de furt. 47. 2.

(34) L. 12. 19. § 1 D. h. t.

(35) L. 6 pr. § 3 L. 46. 47. 57. D. h. t.; L. 6 C. eod.

(36) L. 2 § 1. L. 3. L. 4. D. h. t.

(37) § 6 I. de oblig. quae quasi ex contr. 3. 27; L. 19 § 1 D. h. t.; L. 5 § 3. D. de obl. et act. 44. 7; L. 49 D. eod.

(38) L. 6 § 9 D. de neg. gest. 3. 5; L. 14. D. de cond. c. d. c. n. s. 12. 4; L. 6 § 1. 2. D. h. t.; L. 34 pr. D. de solut. 46. 3; L. 80 § 5 D. de furt. 47. 2.

trova locupletato col pagamento al momento della contestazione della lite (39). Le speciali determinazioni dipendono dalla particolare natura della avvenuta prestazione.

Qualora il pagamento sia stato fatto con cose infungibili allora si domanda la restituzione delle identiche cose come esistono presso il reo, con ogni loro accessione e coi frutti, in quanto esistano anch' essi, o il reo se ne trovi locupletato. Soltanto dopo la contestazione della lite egli risponde anche dei frutti percipiendi, perocchè questa contestazione ponga in mala fede chi ricevè il pagamento. Se poi aveva in buona fede alienata la cosa, egli non era tenuto che alla restituzione del prezzo (40). D'altra parte doveano diffalcarsi le spese fatte da lui in buona fede appunto come nel giudizio di rivendicazione (41).

Ove poi il pagamento sia stato fatto con cose fungibili, vogliono alcuni che il reo sia tenuto a restituire altrettanto nello stesso genere e qualità, come nel mutuo: ma ciò è assolutamente falso. Invece dobbiamo dire, che l'attore domanda bensì anche in questo caso la restituzione di altrettanto (42): ma il reo può opporvi la eccezione di non essersi colla *solutio indebiti* locupletato fino all'intero importo della somma.

Dei servigi indebitamente prestati si ottiene il prezzo di stima, e precisamente quello che hanno per il reo (43); dell'abitazione indebitamente concessa, la pigione che il reo ha risparmiato (44); del debito indebitamente accollatosi, la liberazione; del diritto indebitamente rinunziato, l'annullamento della rinunzia (45).

Ad ogni modo non si possono colla *condictio indebiti* domandare gl'interessi perchè è un' azione di stretto diritto (46).

4. L'attore deve sobbarcarsi a una doppia prova: cioè d'aver

---

(39) L. 3. L. 26 § 12 med. L. 32 pr. L. 65 § 7. 8. L. 66 D. h. t. L. 8. § 22 D. de transact 2. 15.

(40) L. 15. pr. L. 26 § 12 L. 65 § 5. D. h. t.; L. 38 § 2. D. de usur. 22. 1.

(41) L. 65 § 5. L. 26 § 12 D. h. t.

(42) L. 7 D. h. t.; L. 25 D. de praescr. verb. act. 19. 5; L. 1. fin. C. h. t.

(43) L. 26 §. 12 D. h. t.

(44) L. 65 § 7 D. h. t.

(45) L. 31 D. h. t.; L. 1 pr. D. ut in poss. legat. 36. 4.

(46) L. 1. C. h. t.

pagato un indebito e di averlo pagato in errore. La qual regola risulta dai principii generali, perocchè l'indebito e l'errore sieno due condizioni essenziali dell'azione; e si trova d'altronde espressa in più testi (47). Nondimeno esistono delle eccezioni a questa regola.

a. Se il reo convenuto nega il fatto del pagamento e l'attore glielo prova, allora spetta al primo di provare che era stato pagato un debito (48).

b. Lo stesso privilegio è accordato in una maniera generale ai minori, alle donne, ai militi ed ai rustici (49).

c. Se colla *condictio* vien domandata la restituzione di un chirografo indebitamente rilasciato, convien distinguere tra *cautio discreta* e *indiscreta*, cioè quel chirografo in cui la causa del debito è indicata e quello che non contiene una simile indicazione. Nel primo caso l'attore che ne chiede la restituzione, deve anche provare con documenti che aveva promesso indebitamente. Nel secondo invece non ha punto l'obbligo di fornire quella prova, ma anzi spetta al reo convenuto a provare che il chirografo era veramente fondato sovra un debito (50).

B. *Della condictio sine causa.*

Tit. D. e C. de condictione sine causa (12.7 — 4.9.)
Glück XIII. p. 183 seg. **Thibaut,** civ. Abh. n. 14. **Gensler,** von dem speciellen thathsächl. Klagrund der cond. sine causa ecc. (Arch. f. civ. Prax. II. 27). **Reinhardt,** zur Lehre von der cond. sine causa (Ibid. XXIX. 7). **Savigny,** Syst. V. App. XIV. N. 7 seg. **Kiesselbach,** zur Lehre v. der cond. sine causa (Iahrb. di Ihering V. p. 1 seg.). **Vangerow** § 628.

La *condictio sine causa* presa in un senso lato abbraccia tutte le azioni con cui vien ripetuta una prestazione perchè non esiste la causa necessaria, senza badare se questa causa sia passata, presente o futura. In un senso più ristretto però, ed è in questo

---

(47) L. 25 D. de prob. 22. 3.
(48) L. 25 pr. D. eod.
(49) L. 25 § 1 D. eod.
(50) L. 25 § 4 D. eod.; L. 13 C. de non num. pec. 4. 30.

che noi la prendiamo, concerne solamente ai casi in cui non esiste la *causa praeterita* o *praesens*.

Essa dunque trova applicazione:

1. Quando la causa per cui abbiamo fatta la prestazione non ha mai esistito (1); per es. se nel dare una cosa il datore avesse avuto di mira un contratto diverso che l' accipiente, ma pur tale da accordargli un diritto di ripetizione; perchè se l'avesse data *quasi donaturus*, la *condictio* verrebbe infirmata dalla eccezione del dolo (2).

2. Quando la causa non ha potuto esistere legalmente, come sarebbe:

a. Se la prestazione era fatta da persona incapace di alienare (3)

b. Se fu dato qualche cosa per uno scopo giuridicamente impossibile, per es. una dote in vista di un matrimonio a cui osta un impedimento legale (4);

c. Se fu eseguito scientemente il pagamento in base a un negozio proibito, perchè in tale ipotesi non solo il negozio stesso era nullo, ma anche *si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus* (5). Per tal modo era ammessa la *condictio sine causa* se erano stati pagati scientemente dei debiti aleatori (6), o delle usure illegittime (7); o era stata prestata qualche cosa in seguito a una transazione fatta senza autorità del pretore intorno a un legato di alimento (8), o taluno aveva pagato in base a una donazione proibita, come erano specialmente quelle di maggiore entità fatte senza insinuazione, e quelle tra' coniugi (9).

---

(1) L. 1. § 2 D. h. t.

(2) L. 18 pr. § 1. D. de R. C. 12. 1; L. 32. D. eod; L. 57 pr. D. de contr. emt. 18. 1; L. 7. D. de hered. vend. 18. 4.

(3) L. 29 D. de cond. ind. 12. 6.

(4) L. 5 pr. § 1. D. h. t.

(5) L. 5 C. de legib. 1. 14.

(6) L. 3 C. de aleat. 3. 43.

(7) L. 18. C. de usur. 4. 32.

(8) L. 8 D. de transact. 2. 15; L. 23. § 2 D. de cond. ind. 12. 6; L. 8 C. de transact. 2. 4.

(9) L. 5 § ult. L. 6 D. de donat. int. V. et U. 24. 1; L. 27. L. 36. § 3 C. de donat. 8. 54.

3. La *condictio* però serve egualmente *propter causam finitam*, cioè quando la causa esisteva per vero dire al momento della prestazione, ma venne a cessare in appresso (10). Anzi questa è la sua applicazione più importante, che si verifica a cagion d'esempio: nei chirografi dopo estinto il debito (11); in una donazione in causa di morte, qualora occorra uno dei motivi per cui essa può venir rivocata (12); nelle donazioni semplici, qualora vengano revocate per ingratitudine (13); nei regali di nozze, allorquando il matrimonio non avesse luogo (14); nelle cose date in quasi usufrutto dopo la cessazione dell'usufrutto (15); nelle arre, quando il contratto principale abbia avuto esecuzione (16); o se uno dei contraenti, per es. il commodatario, ha risarcito l'altro delle cose perdute, e più tardi le ricupera (17).

4. L'uso della *condictio sine causa* si estende persino ad alcuni casi in cui nessuna prestazione fu fatta dall'attore. Taluno cioè potrebbe con essa domandare la ripetizione di cosa uscita dal suo patrimonio, senza ch'egli l'abbia data precisamente all'altro, purchè concorrano le condizioni generali, che cioè non gli sia pervenuta *ex justa causa* e se ne trovi locupletato a spese di un altro, e costui non possa sperimentare la vindicazione. Per esempio taluno, senza averne il mandato, ha fatto un pagamento o un mutuo coi miei denari a Tizio, il quale ha consumato le specie (18); o un possessore di buona fede ha venduto un mio servo che poi è morto (19); o per forza di fiume mi fu portata via qualche cosa (20), supposto naturalmente che non ne sia più possibile la rivendicazione (21).

A ben guardare la *condictio sine causa* è la generalizzazione

(10) L. 1 § 2 D. h. t.
(11) L. 2. C. h. t.
(12) L. 35 § 3 D. de mort. c. donat. 39. 6.
(13) L. 7 C. de revoc. don. 8. 56.
(14) L. 15 C. de donat. ante nupt. 5. 3.
(15) L. 5 § 1 D. de usufr. ear. rer. 7. 5.
(16) L. 11 § 6 D. de act. emt. vend. 19. 1.
(17) L. 2 D. h. t.
(18) L. 15 § 1 L. 53 D. de cond. indeb. 12. 6; Arg. L. 46 D. eod.; L. 9 § 1 D. ad S. C. Mac. 14. 6; Arg. L. 67 D. de jure dotium 23. 3.
(19) L. 23 D. de reb. cred. 12. 1.
(20) L. 4. § 2 D. de reb. cred.
(21) Altri esempi: L. 24 § 1. L. 30 pr. D. de act. emt. vend. 19. 1 ec.

del principio che serve di fondamento alla *condictio indebiti*. Questa non è che una specie di quella, e i principii che valgono per l'una trovano applicazione anche all'altra. In specialità anche la *condictio sine causa* tende a ottenere la restituzione non già della cosa, ma di ciò onde il reo si trova locupletato (22).

C. *Della condictio causa data causa non secuta.*

Tit. D. de condictione causa data causa non secuta (12. 4); C. de condictione ob causam datorum (4. 6).

Glück XIII p. 9 seg. **Wächter,** de cond. causa data causa non secuta in contr. innom. Tub. 1822. **Savigny,** System V. App. XIV. n. 7. seg. **Erxleben,** die condictiones dandi. Parte II die cond. sine causa Gott. 1853. **Vangerow** § 626.

I. La *condictio causa data causa non secuta,* detta altresì *condictio ob causam datorum,* suppone:

1. Che sia stata data qualche cosa in vista di una prestazione o altra *causa futura honesta* (1). Non importa che la cagione, per la quale la cosa vien data, sia espressa, o risulti spontanea dalla natura del rapporto concreto: ma cessa la *condictio,* se chi ha dato aveva solamente l'idea di conseguire un determinato scopo, e non l'ha palesato (2).

2. È necessario che la causa abbia fatto difetto, *causa non secuta* (3); e precisamente: o che non sia stata eseguita a tempo debito (4), o sia diventata impossibile (5), o fosse impossibile fin dalle prime all'insaputa di chi ha data la cosa (6). Invece la cosa data non può essere ripetuta se la causa è stata veramente eseguita (7); e in ispecie, se questa consisteva in un *non*

(22) L. 23 D. de reb. cred.

(1) L. 1 § 1 D. de cond. ob turpem v. inj. caus 12. 5; L. 52 D. de cond. ind. 12. 6; L. 55 § 4. eod.

(2) L. 3 § 7. D. h. t., L. 7 C. h. t; L. 25 C. de transact 2. 4.

(3) L. 1 pr. L. 3 pr. D. h. t.; L. 1 § 1 D. de cond. ob turp. caus. 12. 5.

(4) L. 5 § 2 D. de praescr. verb. 19. 5; L. 3 § 3 D. h. t.

(5) L. 1 § 1. L. 6. 7. 8. 13. 16 D. h. t. L. 7 D. de praescr. verb. 19. 5. L. 10 D. de spons. 23. 1; L. 7 § 3. L. 9 pr. D. de jure dot. 23. 3; L. 1 C. h. t.

(6) L. 3. § 5. D. h. t; L. 5 C. h. t.

(7) L. 1. pr. D. h. t.

facere, finchè l'altro contraente non aveva intrappreso alcun fatto contrario (8). Parimenti se la causa consisteva in una prestazione e questa era diventata impossibile per un caso fortuito, cessava la *condictio* (9); che pur aveva luogo naturalmente se la causa era di altra specie, quand'anche per un caso fortuito non avesse potuto verificarsi.

3. Un'ultima condizione della *condictio causa data causa non secuta* si è, che colui il quale ha dato la cosa non l'abbia data *solvendi causa*: in altri termini, la dazione non deve essere avvenuta in seguito di un rapporto obbligatorio che vincolasse il datore.

II. Molte e svariate sono le cause per cui una simile dazione può farsi e dar luogo conseguentemente alla nostra azione:

Il caso più importante l'abbiamo veduto parlando dei contratti innominati, nei quali la parte che ha eseguito può, se l'avversario non adempie i suoi obblighi, ripetere ciò che ha dato colla *condictio causa data causa non secuta*.

Per una applicazione analoga della medesima azione noi possiamo anche ripetere le donazioni modali e i legati e fedecomessi modali nel caso in cui il *modus* non sia stato adempiuto dall'accipiente, obbligato giuridicamente ad adempierlo (10).

Mediante la *condictio* in discorso si può anche ripetere la dote data in contemplazione di un matrimonio che non fu conchiuso (11), e la donazione fatta in causa di morte se il donatario manca ai vivi prima del donatore (12).

Parimenti essa è applicabile allorquando il legatario o l'erede abbiano data qualche cosa *conditionis implendae causa*, e nondimeno non acquistano punto il legato o l'eredità (13).

Si ottiene pure con essa la restituzione di ciò che fu dato a un mandatario o ad un *negotiorum gestor*, ove il mandante o

(8) L. 3 pr. § 1. D. h. t.

(9) L. 5 § 1 D. de praescr. verb. 19. 5; L. 10 C. h. t.

(10) L. 2. 3. 8 C. h. t.; L. 1. 3 C. de donat. quae sub modo 8. 55; L. 2. C. de his quae sub modo legata 6. 45.

(11) L. 6. 7. 9. D. h. t; L. 7. § 3. L. 74 D. de jure dot. 23. 3. L. 1 C. h. t.

(12) L. 12 D. h. t.; L. 35 § 3 D. de mortis causa don. 39. 6.

(13) L. 1. § 1 L. 2. L. 13 D. h. t.; L. 65 § 3. D. de cond. indeb. 12. 6.

il *dominus rei gestae* non ratificassero la loro gestione (14). Vale ugualmente a ripetere una ricevuta consegnata nell'aspettazione di un pronto pagamento qualora questo non venisse eseguito (15).

Finalmente chi ha dato qualche cosa per transazione e nondimeno viene condannato, può ripetere colla *condictio causa causa non secuta* ciò che ha dato per quella cagione (16).

D. *Della condictio on turpem causam.*

Tit. D. de condictione ob turpem vel injustam causam (12. 5); C. de condictione ob turpem causam (4. 7).

Donelli, comment. XIV. c. 25. **Glück,** XIII. p. 50. **Seeger,** de repetitione ob turpem rem datorum Stocc. 1854. **Vangerow** § 627.

La *condictio ob turpem causam* serve a ripetere ciò che è stato dato per una causa futura, *ob rem,* qualora questa contenga alcunchè di turpe pel ricevente, *turpiter aceptum,* sia per impedirlo dal commettere un' azione illecita (1), o per indurlo a fare qualche cosa, che sarebbe tenuto di fare senza rimunerazione (2). In questa ipotesi può essere intentata la *condictio* in discorso, *etiamsi res secuta sit,* quand'anche cioè l'accipiente avesse veramente mantenuta la promessa (3).

Invece la *condictio ob turpem causam* non trova applicazione se la vergogna e la turpitudine stanno solo in chi diede la cosa *turpiter datum,* p. e. se era data a una meretrice, la quale fa bensì cosa turpe esercitando il meretricio, ma non commette turpitudine ricevendone il prezzo dappoichè è meretrice (4).

Parimenti chi ha data la cosa non ha facoltà di ripeterla se la turpitudine è tanto in lui quanto in chi la ricevè, *turpiter datum et acceptum.* Per es. non lice ripetere a chi ha dato del denaro a un giudice per guadagnarlo alla sua causa (5), nep-

(14) L. 14 D. h. t.; L. 58 pr. D. de solut. 46. 3.
(15) L. 4 C. de cond. ex lege 4. 9; L. 7 C. de non num. pec. 4. 30.
(16) L. 23 § 3 D. de cond. indeb. 12. 6.
(1) L. 2 pr. L. 4 § 2 D. h. t.
(2) L. 2 § 1. L. 4. § 4. L. 9. pr. § 1 D. h. t.
(3) L. 1 § ult. L. 9 pr. D. h. t.
(4) L. 4 § 3 D. h. t.
(5) L. 3. D. h. t.

pure se questa era giusta (6). Non lice nemmeno ripetere a chi avendo commesso un delitto ha dato qualche cosa per stornare l'accusa o la denuncia che lo minacciava (7). Parimenti se era dato alcunchè *ob stuprum* cessava la ripetizione, *quoniam utriusque turpitudo versatur* (8). Anche in questi e simili casi non era ammessa alcuna azione per domandare l'adempimento (9): ma se la cosa era veramente data, trovava applicazione il principio che in pari causa *possessor potior haberi debet* (10) e la *condictio* era esclusa (11).

III. La comunione incidentale.

Tit. D. communi dividundo (10.3); familiae erciscundae (10. 2); finium regundorum (10. 1). Tit. C. communi dividundo (3. 37); familiae erciscundae (3. 36); communia utriusque judicii tam familiae erciscundae quam communi dividundo (3. 38); finium regundorum (3. 39).

Donelli, comment. IX. c. 11. XV c. 23. **Glück** X. p. 419 seg. XI. p. 1 seg. p. 119 seg. **Heimbach,** nel Rechtslex. di Weiske II. v. Communio. — **Schneider,** üb. den Einfluss einer communio rei auf Klagberechtigung der einzelnen Theilhaber gegen einander (Iahrb. di Sell I. 10). **Vogt,** zur Lehre v. der actio comm. divid. Berna 1842. **Brinkmann,** Verh. der actio comm. divid. u. der actio negot. gestor. zu einander Kiel 1855. — **Puchta,** civil. Abandl. n. 21 **Wiederhold,** Bemerkungen üb. die actio finium regundorum (Giess. Zeitschr. XIII. 3). **Rudorff,** üb. die Grenzscheidungsklage (Zeitschr. f. gesch. R. W. X. 7). **Sternberg,** einiges üb. die actio finium regundorum (Giess. Zeitschr. XVII. 13). **Hassenpflug,** Bemerkungen üb. die actio finium regundorum (Kleine Schriften I. 9). **Hoffmann,** nell'Arch. f. civ. Prax. XXXVI. 16. XXXV. 10. **Schmidt,** die actio finium regund. Marb. 1850. **Vangerow** § 658.

I. La Comunione incidentale è un quasi contratto fra due o più persone accidentalmente unite tra loro per un vincolo nascente dall'avere a comune *pro indiviso* un diritto reale, come una proprietà, un'enfiteusi, una superficie (1), un usufrutto (2), un diritto di pegno (3).

---

(6) L. 2 § 2 D. h. t.
(7) L. 4 pr. § 1 D. h. t.
(8) L. 4 pr. D. h. t.
(9) L. 5 C. h. t.
(10) L. 128 pr. D. de R. I.
(11) L. 8 D. h. t.; L. 5 § 1 D. de calumn. 3. 6; L. 5 pr. D. de cond. sine causa 12. 7; L. 2. 5 C. h. t.
(1) L. 7. pr. D. com. div. 10. 3; L. 1 § 8 D. de superf. 43. 18.
(2) L. 7 § 7 D. com. div.
(3) L. 7 § 6. 8 D. com. div.

Questa comunione può nascere in vario modo: sia per caso, sia per liberalità di un terzo, sia per una disposizione di legge (4); e ne deriva innanzi tutto un diritto reale comune ai più interessati, che basterà l'aver qui accennato: ma ne derivano altresì dei rapporti obbligatori analoghi a quelli che si stabiliscono col contratto di società. Egli è appunto a questo titolo che noi dobbiamo occuparcene.

La comunione incidentale fa luogo propriamente a due specie di rapporti obbligatori tra i comunisti. Ciascuno di essi è obgato alla divisione delle cose comuni, e oltrecciò a delle prestazioni personali. Noi consideriamo particolarmente questi obblighi.

1. Ogni comunista ha diritto di domandare la divisione delle cose comuni (5), e il legislatore romano consacra questa facoltà come essenziale a segno che dichiara nullo il patto col quale i comunisti si fossero obbligati a rimanere per sempre nella indivisione. Tutt'al più è lecito pattuire quella comunione per un tempo determinato (6). La divisione stessa può farsi tanto all'amichevole quanto in via giudiciaria. Se i comunisti procedono all' amichevole, la divisione vuol essere fatta giust' appunto nel modo convenuto, e questa divisione convenzionale eseguita validamente produce i medesimi effetti di una convenzione obbligatoria (7). Solo è da osservare che ogni considerevole lesione ne importa la rescissione, quand'anche non fossero applicabili i principii della lesione enorme (8). Se le parti non possono o non vogliono conchiudere una divisione convenzionale, hanno diritto di ottenerla giudiziaria e questa può essere fatta in vari modi secondo la diversità dei casi. L'*arbiter communi dividundo* può ordinare la divisione materiale della cosa, e onerare l' una o l'altra parte di servitù, se lo trova necessario o conveniente (9). Ove questo modo di divisione non sia possibile fisicamente od economicamente, egli potrà anche dare il tutto a un solo dei comunisti obbligandolo di pagare una somma di pecunia agli

(4) § 27. 28. I. de rer. divis. 2. 1; L. 34 § 2 C. de donat. 8. 84; L. 2 pr. D. fam. erciso. 10. 2; L. 31 D. pro socio 17. 2.

(5) L. 8 pr. D. com. div.; L. ult. C. eod. 3. 37.

(6) L. 14 § 2. D. eod.

(7) L. 1 C. comm. utriusq. judic, 3. 38.

(8) L. 3 C. eod.

(9) § 5 I. de off. judic. 4. 17. L. 1 L. 3 C. com. div. L. 7 § 1 D. eod.

altri (10); e può persino attribuire ad uno la nuda proprietà all'altro l'usofrutto (11). Talvolta invece troverà utile di procedere alla licitazione della cosa comune o fra i soli condividenti, o ammettendovi eziandio gli estranei, e assegnarla al maggiore offerente (12). Quando la comunione comprende più cose, la divisione può essere eseguita in modo, che ad un comunista ne venga assegnata una all'altro l'altra (13). Insomma il giudice ha un potere arbitrario, il quale non è temperato se non dalla raccomandazione di aver riguardo all' interesse di tutti o conformarsi ai voti dei condividenti: *judicem... quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores sequi convenit* (14). Ad ogni modo la divisione giudiziaria è obbligatoria per le parti dal momento che è passata in giudicato, e non può essere attaccata (15) che mediante la *in integrum restitutio* (16).

2. Obblighi e diritti di ciascun comunista sono anche:

a. Dividere cogli altri i prodotti delle cose comuni, cioè dar fuori tutto il guadagno provenutogli da esse oltre la misura della sua parte. Ciò vale principalmente dei frutti, quando si tratti di una proprietà comune (17).

b. I comunisti devono anche prestare nell' amministrazione delle cose o degli affari comuni quella medesima diligenza che si presta dai soci, cioè la diligenza in concreto: *talem diligentiam qualem in suis rebus* (18), e rispondere dei danni cagionati per la mancanza di essa (19).

c. Ancora, devono rimborsare tutte le spese necessarie ed utili fatte da altri comunisti per gli affari comuni (20).

---

(10) L. 1. C. eod.

(11) L. 6 § 10 D. eod.

(12) L. 1. 3 C. eod.

(13) L. 3 C. h. t.

(14) L. 21 D. eod.

(15) L. 36. D. fam. erc. 10. 2.

(16) L. 17 C. fam. erc. 3. 36.

(17) § 3 I. de obl. quasi ex contr. 3. 27; L. 4 § 3. L. 11 D. com. div. 10. 3.

(18) L. 25 § 16 D. fam. erc. 10. 2.

(19) L. 8 § 2 L. 20. L. 28. D. com. div. L. 23 D. de R. I.

(20) L. 14 § 1 D. com. div.; L. 52 § 10 D. pro socio 17. 2; L. 18 § 1 C. fam. erc. 3. 36; L. 4 C. de edif. priv. 8. 10.

II. I comunisti hanno le azioni dette divisorie, *actiones divisoriae*, *judicia divisoria*, che rimontano alla più alta antichità, come lo indica il nome e la menzione che n'è fatta nella legge decemvirale (21). I Romani però, come d'ordinario, non cominciarono dallo stabilire il principio generale, ma crearono delle azioni particolari pei casi nei quali era più sentito il bisogno. La più antica è l'*actio finium regundorum*, introdotta all'effetto di regolare i confini tra due fondi limitrofi; poi venne creata un' altra azione speciale per ottenere fra più coeredi la divisione della eredità, *actio familiae erciscundae*; da ultimo s' inventò un'azione generale per la divisione di una comunanza qualunque, *actio communi dividundo*. Quest' ultima azione avrebbe potuto rendere inutili le altre due: ma sotto la influenza del sistema formulare, ogni azione aveva allora acquistati dei caratteri speciali, che la distinguevano dalle altre, e che nel diritto giustinianeo non sono per anche a bastanza sfumati da permettere la fusione completa di questi tre rimedi giuridici (22).

1. Cominciamo dall'indicare alcuni principii generali che si riscontrano in tutte le azioni divisorie.

a. E prima, quanto al nome, esse diconsi divisorie, perchè il loro scopo prossimo è appunto di ottenere la divisione della comunanza: ma nondimeno in questa occasione si ha anche riguardo a quelle prestazioni personali di cui abbiamo toccato più sopra, e senza di che la divisione non potrebbe esser fatta debitamente (23). Del resto possono venire sperimentate *utiliter* anche solo per far valere un diritto ad una prestazione personale, sia durante la comunione (24), e sia dopo lo scioglimento di essa, per es. nel caso che l'uno o l'altro dei comunisti si fosse separato, alienando la sua parte, o la comunione fosse cessata per esserne perito l'obbietto (25).

b. Ancora, tutte le azioni divisorie hanno questo di comune, che la semplice sentenza del giudice, la sola aggiudicazione, basta a creare una proprietà assoluta in chi prima non la

(21) L. 1 pr. D. fam. erc. 10. 2; cf. L. 24. D. fin. reg. 10. 1.

(22) Maynz p. 426.

(23) L. 22 § 4 D. fam. erc. 10. 2; L. 3 pr. D. com. div. 10. 3.

(24) L. 14 § 1 D. h. t.

(25) L. 6. § 1. L. 11 D. com div. 10. 3; L. 24 pr. L. 31 D. fam. erc. 10 2.

aveva, senza bisogno di tradizione (26). Si suppone però che gli antichi comunisti fossero proprietari assoluti della cosa che vien divisa; chè altrimenti, se la cosa apparteneva ad altri, l'aggiudicazione non valeva se non come titolo all'usucapione (27). Parimenti l'aggiudicazione basta da sola a costituire una servitù (28), purchè la cosa che ne viene onerata formi obbietto della divisione (29), e la costituzione della servitù sulla cosa assegnata in proprio ad altro comunista sia contemporanea all'assegnazione di questa proprietà (30). Ripeto poi che la suaccennata singolarità è tutta speciale dei giudizi divisori. Alla divisione fatta dalle parti necessiterebbe sempre la tradizione, quand'anche il giudice l'avesse posteriormente approvata (31). Nè l'assegnazione che fa il giudice dopo la delibera all'asta ha punto l'effetto di trasferire la proprietà indipendentemente dal possesso, e non è che una *justa causa traditionis*. Ancora, vuolsi por mente di non confondere coll'aggiudicazione la sentenza profferita dal giudice in altri casi sui diritti delle parti, perchè nelle altre controversie il giudice è chiamato unicamente a riconoscere i diritti esistenti, ma non può creare diritti che prima non esistevano (32).

c. Tutte le azioni divisorie sono *duplicia judicia* (33), vale a dire le parti di attore e di reo non sono punto distinte nel processo (34), e il giudice può quindi fare l'assegnazione e impor obblighi sì all'uno che all'altro. Anche per ciò che riguarda la istradazione del processo, non si può dire in generale che l'uno vi sia chiamato in preferenza dell'altro: ma tanto l'uno quanto l'altro può provocare a piacimento la divisione giudiziaria (35), sia che possieda o non possieda (36), sia che gli altri comunisti si oppongano o non si oppongano alla divi-

(26) § 4-7 I. de off. judic. 4. 17.
(27) L. 17 D. de usurp. et usuc. 41. 3.
(28) L. 6 § 1 D. de usufr. 7. 1; L. 22. § 3 D. fam. erc. 10. 2.
(29) L. 18 D. com. div. 10. 3.
(30) L. 22 § 3 D. fam. erc.
(31) L. 45 D. de pact. 2. 14.
(22) L. 8. § 4 D. si servit. vindicetur 8. 5.
(33) L. 2 § 1 D. com. div.
(34) L. 10 D. fin. reg. 10. 1; L. 2 § 3. L. 44 § 4 D. fam. erc. 10. 2.
(35) L. 29 § 1 D. com. div.
(36) L. 1 § 1 D. fam. erc.

sione della cosa comune. Nondimeno in quanto occorra di riguardare l'uno o l'altro come attore in preferenza dei consorti, vien considerato come tale chi primo ha domandata l'opera del giudice; e se più l'hanno fatto contemporaneamente, decide la sorte (37).

d. Stando a un passo delle Istituzioni, le azioni divisorie sarebbero azioni miste, quasi aventi il doppio carattere di personali e reali (38): mentre altri testi positivi delle nostre leggi le qualificano come azioni personali (39). La verità è che sono azioni personali, ma con un fondamento reale. Suppongono cioè una proprietà comune o una comunanza di altri diritti reali, ma vengono sperimentate per l'obbligo personale che hanno i comunisti di dividere la cosa comune e per gli altri obblighi che si collegano colla divisione.

e. Fu anche detto che le azioni divisorie sono imprescrittibili. Certo è: il diritto di domandare la divisione sussiste sempre qualunque sia il tempo in cui la comunione ha esistito (40): ma l'azione divisoria è prescrittibile al pari di ogni altra azione dall'istante in cui ha preso nascimento, cioè dall'istante in cui uno dei comunisti lede i diritti della comunione, per es. usurpando come propria una parte della cosa comune, o rifiutando di contribuire alle spese. Questa decisione fondata in ragione si trova anche consecrata da due costituzioni di Giustiniano (41).

2. Tanto sulle azioni divisorie in generale. Nella trattazione che segue ci occupiamo più particolarmente dell'*actio finium regundorum* e dell'*actio communi dividundo*. L'*actio familiae erciscundae* trova il suo posto nel diritto ereditario.

A. L'*actio finium regundorum*. Già le dodici tavole avevano stabilito che le contestazioni di confini fra due fondi rustici contigui dovessero decidersi da tre periti, *arbitri*, che poi la legge Mamilia ridusse a un solo (42). Gli antichi però distinguevano a questo riguardo la controversia *de fine*, se si questionava sui

(37) L. 13. L. 14. D. de judiciis 5. 1; L. 2 § 1 D. com. div.

(38) § 20 I. de act. 4. 6.

(39) L. 1 D. fin. reg.; L. 22 § 4 D. fam erc; L. 4 D. com div.; L. 1 § 1 C. de ann. exc. 7. 40.

(40) Arg. L. 14 § 2 D. com. div.; L. 5 C. eod.

(41) L. 1 § 1. C. de ann. exc. 7. 40; L. 6. C. fin. reg. 3. 37.

(42) Cic. de leg. I. 18.

quinque pedes che dividevano gli agri limitati, e la controversia *de loco*, se si questionava sopra uno spazio di terreno più esteso e diverso (43). La decisione nel primo caso era lasciata ad un agrimensore, il quale non doveva esaminare la questione che dall'aspetto tecnico, senza neppure aver riguardo all'usucapione (44). Nel secondo caso invece i periti non erano chiamati come giudici ma come avvocati, mentre la controversia, la quale poteva presentare delle questioni di diritto e massimamente di usucapione, *quoniam saepe usucapiuntur loca quae in biennio possessa fuerint*, era decisa dal giudice ordinario (45). Questa distinzione esisteva ancora ai tempi di Costantino (46). Valentiniano l'abolì nel 385, attribuendo anche la controversia *de loco* esclusivamente all'agrimensore, il quale doveva giudicarne solamente secondo le regole tecniche senza riguardo a principii giuridici (47). Nondimeno ricompare poi in una costituzione di Teodosio II (48), per scomparire di bel nuovo nella legislazione giustinianea.

Secondo Giustiniano tutte le controversie di simil fatta sono assoggettate alla decisione dei giudici ordinari, ed è esclusa in tutti l'usucapione, non permettendosi al giudice di aver riguardo che alla prescrizione trentennaria (49).

Ricordiamo i principii che valgono intorno a questo *judicium finium regundorum*, quale appare nel diritto giustinianeo (50).

a. L'azione suppone la confusione dei confini di due o più predi rustici contigui, sia ch'e' giaciano in campagna o in città (51). Non trova dunque applicazione agli edifici (52), e neppure se i fondi fossero divisi da un fiume o da una via publica (53).

(43) Frontin. ed. Goes. p. 39 sqq.; Hygin. ed Blume nel Rhein. Mus. VII. 158 sqq.

(44) Cic. de leg. I. 18.

(45) Hygin. l. c. p. 164.

(46) L. 3 C. Th. fin. reg. 2. 26.

(47) L. 4 C. Th. eod.

(48) L. 5 C. Th. eod.

(49) L. 5. 6. C. fin reg. 3. 39; L. 1 § 1 C. de ann. exc. 7. 40.

(50) L. 4 § 8 D. h. t.

(51) L. 4 § 10 D. h. t.

(52) L. 2 pr. D. h. t.

(53) L. 4. § ult. L. 5 D. h. t.

b. L'azione viene ventilata in certo modo tra i fondi stessi (54), e può essere sperimentata in nome del fondo non solo dal proprietario, ma anche dall'enfiteuta, dall'usufruttuario e dal creditore pignoratizio (55): che se in questi casi ha luogo un'aggiudicazione, essa profitta anche ai proprietari, *quoniam magis fundo quam personis adjudicare fines intelliguntur* (56). Invece è naturale ch'essa non trovi applicazione tra due comproprietari, e neppure quando uno dei due predi appartiene esclusivamente ad uno, e l'altro appartiene in comune a questo e ad un terzo (57).

c. Lo scopo prossimo dell'azione si è di togliere la esistente confusione, e quindi ristabilire gli antichi confini. Nondimeno il giudice può, se lo trova conveniente, tracciarne anche di nuovi, e quindi aggiudicare ad uno dei vicini una parte dell'altrui proprietà, condannandolo a sborsare una somma di pecunia all'altro (58). Nel caso che gli antichi confini fossero talmente confusi da non potersi assolutamente rintracciare, il giudice doveva considerare il terreno controverso come una cosa comune, e dividerlo a piacimento, attribuendone le parti mediante aggiudicazione ai contendenti (59).

d. La sentenza può contenere ancora la condanna alla restituzione dei frutti indebitamente percetti, alla riparazione dei danni cagionati ec. (60). Nondimeno non sono ordinariamente contemplati che i frutti percepiti dopo la contestazione della lite, e quelli percepiti prima solo nel caso che ancora esistano. I frutti consumati non potevano esigersi punto dal possessore di buona fede, e solo con una *condictio* dal *malae fidei possessor* (61). Parrà poi naturale che in quanto l'*actio finium regundorum* porta in se il carattere della *rei vindicatio*, debbano anche valere le regole di questa riguardo alla restituzione dei frutti.

B. L'*actio communi dividundo.*

a. Essa suppone una comproprietà (62) o almeno una co-

(54) L. 4 § 8 D. h. t.
(55) L. 4 § 9 D. h. t.
(56) L. 4 § 5 D. h. t.
(57) L. 4 § 6. 7. D. h. t.
(58) L. 2 § 1 D. h. t.; § 6. I. de off. jud. 4. 17.
(59) L. 2 § 1 D. h. t.
(60) L. 4 § 1. 2. D. h. t.; § 6 I. de off. jud. 4. 17.
(61) L. 4. § 2 D. h. t.
(62) C. L. 4 pr. L. 7 § 2 D. h. t. 10. 3.

munanza di diritti patrimoniali reali che si voglia disciogliere (63); per cui non compete nè ai coloni, nè ai depositari ec. (64), insomma non trova applicazione qualora si tratti di pretese fondate su di un diritto meramente personale.

b. Ancora, è necessario che questa comunanza esista giuridicamente, ovvero che sia riconosciuta. La questione per es. se uno sia o non sia comproprietario e in qual misura non appartiene al *judicium communi dividundo*, ma, in caso di controversia, vuol essere chiarita prima in uno speciale processo. Nondimeno havvi una eccezione a questa regola. Se l'attore è in possesso della cosa e il reo ne contesta il diritto stesso, la questione va decisa nel medesimo processo divisorio come un punto incidentale (65).

c. L'azione è diretta principalmente alla divisione della cosa comune, e già dicemmo quanto basta sul modo con cui vuol essere eseguita secondo si tratta di una o più cose, e secondo l'indole di queste. Il giudizio però può anche contenere delle prestazioni personali a carico dell'una o dell'altra parte (66): ma dovendo queste venir rimborsate delle spese, convien distinguere. Propriamente l'*actio communi dividundo* può venire intentata pel risarcimento di quelle spese che non possono farsi separatamente; ma nol può, qualora volontariamente siasi impreso a trattare l'affare dell'altro comunista, che si avrebbe potuto lasciar giacente senza punto nuocere al proprio interesse. In questa ipotesi cioè, in luogo dell'*actio communi dividundo* va sperimentata la *negotiorum gestorum actio* (67). Ancora, non havvi che un diritto di retensione pel comunista, il quale, ignorando la comunione, avesse fatto delle spese sulla cosa, credendo che fosse propria (68).

---

(63) L. 7 pr. § 6. 7. 8. D. h. t.; L. 1 § 8. D. de superf. 43. 18.
(64) L. 7 § 11 D. h. t.
(65) Arg. L. 1 § 1. D. fam. erc. 10. 2.
(66) L. 3. pr. D. h. t; L. 4. C. h. t.
(67) L. 6 § 2. 7 D. h. t; L. 40 D. de neg. gest. 3. 5.
(68) L. 14 § 1. L. 29 pr. D. h. t.

IV. Della gestione d'affari. *Negotiorum gestio.*

Tit. D. e C. de negotiis gestis (3.5 — 2.19).

Glück V. p. 318. **Chambon,** die negotior. gestio Lips. 1848. **Ruhstrat,** zur Lehre v. der neg. gestio (Arch. f. civ. Prax. XXXIII 2. 9. XXXIV 3). Il medes. üb. neg. gestio Oldenb. 1858. **Köllner,** die Grundzüge der obligatio negotior. gestorum Gott. 1856. **Leist,** das erlaubte ungerufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten (Civil. Studien II. Iena 1855 p. 103 seg.). **Dankwardt,** die negot. gestio Restock 1855. **Aarons,** Beitr. zur Lehre v. der neg. gestio Parte I. Schwerin 1860. — **Thibaut,** inwiefern verwandelt die Ratihabition die neg gestio in ein Mandat? (Vers. II. 10). **Wächter,** Beitr zur Lehre v. dor neg. gestio (Arch. f. civ. Prax. XX. 11). **Vangerow** § 664. — **Reinhard** nella Giess. Zeitschr. N. S. VIII. 3. **Kämmerer,** kann Iemand der in dem Glauben seine eigene Geschäfte zu treiben, die eines Anderen gerirt, gegen diesen Anderen die Neg. gest. actio utilis anstellen? (Giess. Zeitschr. VIII. 3. 4. 8). **Marezoll** (nell' Arch. f. civil. Prax. VIII. 10. 3). **Brinkmann,** Verhältniss der actio comm. divid. u. der actio negot. gest. zu einander Kiel 1855. — **Schneider,** die subsid. Klagen Parte II. c. 6. **Dietzel,** de actione funeraria Lips. 1853.

I. La *negotiorum gestio* è un quasi contratto pel quale taluno, che si dice *negotiorum gestor* tratta gli affari altrui *(dominus rei gestae, dominus negotiorum)*, senza averne ricevuto mandato e nemmeno *vi officii.*

Sono condizioni all'esistenza di una *negotiorum gestio*:

1. Che gli affari, di cui viene assunta la trattazione sieno altrui, non propri. Chi tratta gli affari propri, sebbene creda anche con buone ragioni trattare gli altrui, non dà vita a nessun vincolo obbligatorio; e chi crede trattare affari esclusivamente altrui, ma che sono in parte anche propri, dà vita solamente a una *negotiorum gestio* parziale, cioè ne nasce una obbligazione solo in quanto gli affari concernano altri (1). Del resto la incapacità di agire del *dominus* non esclude punto il nascimento della obbligazione, perchè la sua volontà non è necessaria a fondarla; il che è riconosciuto per es. in modo indubbio riguardo al furioso (2). Invece il pupillo, di cui vengono trattati gli affari, non è obbligato per la nota costituzione di Pio, che quanto *locupletior factus est* (3), ma certo senza giusta conseguenza. L'editto ricorda espressamente anche il caso in cui taluno tratti gli affari di un defunto, e stabilisce che l'obbligazione esiste come

(1) L. 6 § 4 D. h. t. 3. 5.
(2) L. 3. § 5 D. h. t. cf. L. 24 § 3. D. de O. et A. 44. 7.
(3) L. 6 pr. L. 37 pr.; cf. L. 15. L. 21 § 1 D. h. t.

si trattasse di un vivo (4). L'eredità stessa vien risguardata come la persona a cui gli affari appartengono. Per simile si può assumere la trattazione dei *negotia* di un *captivus*, sebbene durante la gestione manchi ogni qualunque subietto del *dominus*, e si ha l'azione contro lui al suo ritorno, o contro i suoi eredi nel caso della sua morte (5).

2. All' esistenza della *negotiorum gestio* è anche necessario che l' agente non abbia avuto commissione di agire. Dal momento che vi è commissione vi è mandato (6). Nondimeno ha vita la *negotiorum gestio* se il mandato si trova privo di efficacia civile (7); e così pure, ove l'agente avesse creduto di avere una commissione, che effettivamente non aveva, esisterebbe gestione e non mandato, perchè una semplice commissione putativa non è commissione di sorta (8). La questione di sapere se e in quanto la conoscenza del *dominus negotiorum* contenga una commissione è una questione di fatto, la quale va sciolta coi principii generali che valgono per il tacito consenso. Per es. se io tratto gli affari di una persona la quale si trova presente nel luogo della trattazione e ne ha contezza e tace, esiste un vero mandato, quantunque tacito (9). Invece, trattandosi di un assente, non basterà certo ch' egli abbia notizia della gestione, per darle il carattere di mandato: ma si dovrà badare se gli era possibile o no di comunicarmi la sua intenzione. Può darsi però che sebbene non vi avesse in origine alcuna commissione, colui, di cui vengono trattati gli affari, ratifichi in seguito la trattazione; e si domanda: se la *obligatio ex negotiis gestis* diventi per ciò solo una *obligatio ex mandato?* La questione è oltremodo controversa. Io parto col Welcker (10) dal principio, che la ratiabizione, essendo un atto unilaterale del *dominus*, non può per la natura stessa della cosa mutare che le relazioni giuridiche del

(4) L. 3 pr. L. 21 § 1. 2. D. h. t.
(5) L. 19 § 5. L. 20, cf. L. 21 pr. D. h. t.
(6) L. 3. § 5. L. 29. L. 41 D. h. t.; L. 16 D. ad S. C. Mac. 14. 6.
(7) L. 19 § 2. D. h. t; L. 14. § 15 D. de relig. 11. 7; L. 7 ad S. C. Vell. 16. 1.
(8) L. 5 pr. D. h. t.
(9) L. 6 § 2 L. 18. L. 53 D. mand. 17. 1; L. 6 C. eod. 4. 35.
(10) Diss. interpretationem exhibens leg. 9 de neg. gest. juncta L. 60 de R. I. Giessen 1813.

ratiabente. Perciò, dopo seguita la ratifica, il *dominus* dovrà lasciarsi trattare come un mandante anche pel tempo anteriore, nè potrà sottrarsi all'*actio mandati* (11); ma riguardo al gerente, la operazione compita conserva il carattere d'una *negotiorum gestio*, per cui egli non è passibile che dell'*actio negotiorum gestorum*, il che può essere importante, massimamente riguardo alla prestazione della colpa (12).

Un'ultima osservazione. Se taluno ha trattato i miei affari per commissione avutane da un terzo, non v'ha dubbio che tra l'agente e questo terzo trovino applicazione le azioni del mandato (13), mentre fra l'agente e me esiste una vera gestione di affari (14).

Le due condizioni suaccennate, che cioè gli affari di cui viene assunta la trattazione sieno altrui, e l'agente non abbia avuto commissione di agire, bastano perchè possa sperimentarsi l'*actio negotiorum gestorum directa*. Invece perchè anche all'agente possa competere un'azione, l'*actio negotiorum gestorum contraria*, contro il *dominus* occorrono più altri requisiti; ovverosia:

1. Il gerente deve agire coll'intenzione di trattare per un altro. Non è però necessario che questa intenzione si riferisca a una persona determinata. L'errore sulla persona, i cui affari furono trattati, è indifferente. Laonde se Caio tratta gli affari di Sempronio, credendo trattare quelli di Tizio, ha nondimeno vita la obbligazione tra lui e Sempronio (15): ma ciò non avverrebbe se trattando gli affari altrui avesse creduto trattare i propri. In questa ipotesi potrebbe bensì venire sperimentata contro lui l'*actio negotiorum gestorum directa* (16); ma egli stesso non potrebbe intentare l'*actio negotiorum gestorum contraria* contro

---

(11) L. 60 D. de R. I.

(12) L. 9 D. h. t.; L. 6 § 9. 10 D. eod; L. 50 pr. D. mand. 17. 1; L. 80. § 5. D. de furt. 47. 2; L. 9 C. h. t.; L. 3. C. de R. V. 3. 32; L. 3 C. de contr. et committ stipul. 8. 38.

(13) L. 28 D. h. t.

(14) L. 3 §. ult. L. 4 D. h. t.; L. 14 C. h. t.

(15) L. 5 § 1 L. 6. § 8. 11. L. 45. § 2. D. h. t.; L. 14 § 1 D. comm. div. 10. 3.

(16) L. 49 D. h. t.; cf. L. 19. C. h. t.; L. 3 C. de R. V. 3. 32.

il *dominus* (17), ammenochè con questa trattazione il *dominus negotiorum* non fosse stato veramente liberato da un obbligo che gl' incombeva (18).

2. Si addimanda pure che l'agente tratti gli affari altrui coll' intenzione di obbligarlo (19). Una gestione eseguita coll' intendimento di esercitare un atto di liberalità o di pietà verso il *dominus rei gestae* non dà vita ad un *actio negotiorum gestorum contraria* (20). La circostanza che il gerente tratta a un tempo nel suo proprio interesse non toglie punto all'operazione il carattere di *negotiorum gestio*, ma un' *actio contraria* non può essere sperimentata che in quanto il *dominus* siasi veramente locupletato (21).

3. Il *dominus* non deve essersi opposto alla gestione, che altri avesse impreso a fare degli affari suoi. Qualora vi si fosse opposto, e' non rimarrebbe obbligato per cotal gestione proibita. Naturalmente però non è efficace il divieto se non dal momento in cui fosse noto al *gestor* (22).

4. Finalmente, all' effetto di obbligare il *dominus*, la gestione dev'essere stata impresa in circostanze nelle quali fosse utile. I *negotia* vogliono essere *utiliter coepta*, di regola onde allontanare un danno che minacciasse (23), ma se in seguito, mutate le circortanze, l'utilità fosse sparita, siccome utilità ci era stata, il *dominus* rimaneva obbligato (24). Fuori di questi limiti, ei dipendeva dal beneplacito del *dominus* di riconoscere o no la gestione: ma per quanto piccolo fosse l'utile che gliene fosse effettivamente derivato, il riconoscimento faceva sempre le

(17) L. 14 § 1. L. 29. pr. D. comm. div. 10. 3; L. 33 fin. D. de cond. ind. 12. 1; L. 14. D. de doli mali et met. exc. 44. 4.

(18) L. 49 D. h. t. L. 14. § 11. L. 32 pr. D. de relig. 11. 7; L. 50. § 1 D. de H. P. 5. 3.

(19) L. 29 pr. D. comm. div. 10. 3; L. 14 § 1 D. eo l.

(20) L. 4 L. 27 § 1. L. 34. L. 44 D. h. t.; L. 14 § 7 D. de relig. 11. 7; L. 5 § 14 D. de agn. v. al. liber. 25. 3; L. 11. 12. 15 C. h. t.

(21) L. 6 § 3 D. h. t.

(22) L. 8. § 3 D. h. t; L. 40 D. mand. 17. 1; L. ult. C. h. t.

(23) L. 1 L. 6. § 6. L. 10. § 1. L. 22 D. h. t.; L. 5. pr. fin. D. de O. et A. 44. 7; § 1 fin. I. de obl. quasi ex contr. 3. 27; L. 3 § 8. L. 5. pr. § 2. D. de in rem verso 15. 3.

(24) L. 10 § 1. L. 12. § 2. L. 22. L. 31 pr. L. 32 pr. L. 37. § 1 D. h. t; L. 17 pr. D. de in rem verso 15. 3; L. 22 C. h. t.

veci dell' utilità (25). Prescindendo da ciò egli non era obbligato al *negotiorum gestor*, se non in 'quanto la gestione gli avesse fruttato un utile pecuniario netto (26).

La gestione d'affari stabilisce tra le parti dei rapporti obbligatori, i quali presentano la più grande analogia con quelli del mandato. Noi consideriamo partico'armente tanto gli obblighi del *negotiorum gestor* quanto quelli del *dominus rei gestae.*

II. Degli obblighi del *negotiorun gestor*, ovvero dell'obbietto dell'*actio negotiorum gestorum directa*, come chiamasi l' azione del *dominus* contro il gestore. Questi è obbligato:

1. A condurre a termine gli affari dei quali cominciò la gestione quand'anche il *dominus* fosse venuto a morte prima del compimento della medesima (27).

2. Il gestore risponde di ogni colpa e precisamente non solo della diligenza in concreto, quale egli suol mettere negli affari propri, ma e della diligenza in astratto (28). Nondimeno se il *dominus* avrebbe inevitabilmente patita una grave perdita senza l'inframettenza del gestore, questi non è responsabile che del dolo e della colpa lata (29). Invece egli non è tenuto di regola pel caso fortuito, ammenochè non abbia intrappreso delle speculazioni molto arrischiate insolite pel *dominus rei gestae* (30).

3. Terminata la gestione, il gestore ha l'obbligo di renderne conto e restituire al *dominus* tutto quanto ritirò per conto di lui insieme coi frutti e gli interessi (31). In specialità il gestore che fosse debitore personale del *dominus*, deve le usure ordinarie dal dì della scadenza del debito, quand'anche questo fosse infruttifero (32). Parimenti deve le usure, se lascia oziosi i capitali del *dominus* senza usarne in vantaggio di lui (33); e deve le

---

(25) L. 9. D. h. t.

(26) L. 11. 43 D. h. t.; L. 5 pr. D. de in rem verso 15. 3.

(27) L. 6 § 12. L. 21 § 2. L. 31 § 2. D. h. t; L. 20 C. h. t.

(28) § 1 I. de obl. q. ex contr. 3. 27; L. 13 L. 21 § 3 D. h. t.; L. 23 D. de R. I. 50. 17; L. 20 C. h. t.; L. 24 C. de usur. 4. 32.

(29) L. 3 § 9 D. h. t.

(30) L. 11 D. h. t.

(31) § 1 I. de obl. q. ex contr.; L. 2 D. h. t.; L. 6 § 12. L. 19. § 4. L. 31 § 3. L. 38 D. eod. L. 13 § 1 D. de usur. 22. 1.

(32) L. 6 § ult. L. 38. D. h. t..

(33) L. 19. § 4. D. h. t.

usure più elevate possibili se li ha erogati a proprio vantaggio (34). Quest' obbligo che ha il gestore di pagare le usure si collega coll'altro che gli incombe, come dicemmo, di risarcire ogni danno derivato da sua colpa.

III. Degli obblighi del *dominus rei gestae*, ovvero dell'obbietto dell'*actiò negotiorum gestorum contraria*, come è detta l' azione del gestore contro di lui Il *dominus* è obbligato:

1. A liberare il gerente dalle obbligazioni contratte per la gestione (35).

2. A rimborsarlo di tutte le spese necessarie ed utili che costui avesse fatte per la gestione (36); e pagargli tra le altre anche le usure del danaro che avesse impiegato del proprio nella medesima (37). Trattandosi di spese voluttuarie, il gestore non ha di regola che un *jus tollendi*, salvo nel caso della ratiabizione (38).

3. Questi obblighi esistono nel *dominus* ancor quando il caso avesse fatto svanire l'utilità della gestione (39). D'altra parte il gestore non poteva reclamare se non quello di cui il *dominus* si era locupletato, quando egli non aveva avuto di mira che il proprio vantaggio (40), o nel trattare gli affari di più l' aveva fatto soltanto con riguardo ad alcuni di essi, perchè non gli era lecito sperimentare l'*actio negotiorum gestorum* che contro questi, e non poteva pretendere nulla dagli altri se non fino all'importo dell'arricchimento (41). Anche il pupillo non era tenuto, come dicemmo, che fino alla concorrenza di ciò onde si trovava arricchito per la gestione (42).

IV. Se il gestore conchiude dei negozi con terze persone nell' interesse del *dominus rei gestae*, può questi rivolgersi immediatamente contro quella terza persona, e questa contro di lui? La regola si è, che la gestione non stabilisce alcun rapporto

(34) L. 38 D. h. t.
(35) L. 2. 40 D. h. t.
(36) L. 2. L. 45 pr. D. h. t.
(37) L. 19 § 4. D. h. t. L. 37. D. de usur.
(38) L. 9 D. h. t.
(39) L. 10 § 1. L. 12 § 2. L. 22 D. h. t.
(40) L. 6 § 3 D. h. t.
(41) L. 6 pr. § 6 D. h. t.
(42) L. 6 pr. L. 37 pr. D. h. t.

obbligatorio tra il *dominus* e la terza persona con cui il gerente ha contrattato; e conformemente a questa regola dobbiamo dire, che il *dominus* non è obbligato a riconoscere le alienazioni fatte dal gestore e può rivendicare le cose alienate (43). Questa regola però patisce delle eccezioni.

1. Anzitutto nel caso della ratiabizione. Se il gestore ha conchiuso dei negozi giuridici con un terzo e il *dominus* li ha ratificati, competono a questo terzo le medesime azioni contro il *dominus* come se il negozio fosse stato conchiuso per commissione di lui (44). Ancora, se il gestore ha alienato delle cose del *dominus*, e questi ha ratificata l'alienazione, essa non può venire impugnata, non altrimenti che se fosse avvenuta per commissione del *dominus* (45). Parimenti se il gestore ha riscosso un *indebitum* e il *dominus* lo ha ratificato, colui che pagò l'*indebitum* può sperimentare la *condictio* contro il *dominus* nè più nè meno che se questi avesse autorizzato il gestore alla riscossione (46).

2. Una seconda eccezione ha luogo nel caso di una *in rem versio*. Supponiamo che il gestore abbia ricevuto qualche cosa da un terzo, obbligandosi in pari tempo verso di lui: se la cosa ricevuta viene erogata in vantaggio del *dominus*, il terzo può far valere l' obbligo assunto dal gestore contro il *dominus rei gestae* nella misura in cui ebbe luogo quella erogazione (47).

V. La spontanea cura che taluno si prende dei funerali e della tumulazione di un defunto in luogo di colui al quale spetterebbe quest'obbligo, non è che una specie di gestione d'affari. Nondimeno fu trattata particolarmente nell'Editto, e ottenne un'azione particolare detta *actio funeraria* (48), la quale venne favorita in più modi nell'intento di promuovere le tumulazioni. Precisamente:

---

(43) L. 3 C. de R. V. 3. 32.

(44) L. 7 § 1 fin. C. quod cum eo qui in al. pot. 4. 26.

(45) L. 3 C. de R. V. 3. 32; cf. L. 16 § 1. D. de pignor. 20. 1; L. 19 C. h. t.

(46) L. 6 § 9 D. h. t; L. 14 D. de cond. causa data 12. 4; L. 80. § 5. D. de furt. 47. 2.

(47) L. 82. D. pro socio 17. 2; L. 7. § 1 C. quod cum eo qui in al. pot. 4. 26.

(48) L. 12 § 2. L. 14. § 6 D. de relig. et sumpt. funerum 11. 7.

1. Questa azione può essere intentata anche quando il gerente avesse creduto erroneamente di essere obbligato a quei funerali e a quell'interramento (49).

2. In date circostanze è persino accordata a colui che avesse agito contro un divieto (50).

3. La persona a cui spetta l'*actio funeraria*, ha la prelazione su tutti i creditori, vale a dire vuol essere pagata a preferenza degli altri creditori, quantunque privilegiati (51).

4. Del resto l'*actio funeraria* non è che sussidiaria, e può quindi venir esclusa dall'*actio mandati*, *familiae erciscundae* e simili (52).

---

(49) L. 14 § 11. L. 32 pr. D. eod.
(50) L. 14 § 13 D. eod.
(51) L. 45 D. eod.
(52) L. 14 § 12. 15 D. eod.

CAPO SECONDO

Obbligazioni che nascono come da un delitto.

I. *Effusa et deiecta.*

Tit. D. de his qui effuderint vel deiecerint (9. 3).
Donelli, comment. XV, c. 42 § 4-9. **Glück**, X p. 392 seg. **Savigny**, System II. 125.

Supponiamo che qualche cosa sia stata versata o gettata da un appartamento che dia sovra un luogo di passo, *ubi vulgo iter fit*, e alcuno dei viandanti ne abbia risentito un danno sia nelle vesti, sia nella persona: in questa ipotesi si potrà certamente sperimentare l'*actio legis Aquiliae*. Senonchè può riescir talvolta difficile di scoprire l'autore del fatto; ed ecco il motivo per cui il pretore (1) ha creato un'*actio in factum*, che i moderni chiamano *de effuso et deiecto* contro colui che abita il quartiere, dal quale avvenne il versamento o la deiezione, senza badare s'egli lo abiti come proprietario o come inquilino o per altro titolo (2), e sia che versi in colpa o no. Appunto per ciò la obbligazione che forma il sustrato dell'azione è risguardata come un'*obligatio quasi ex delicto* (3). Del resto colui che fosse stato condannato per una colpa non sua, aveva libero il ricorso contro il vero autore (4). Più abitatori dello stesso quartiere ne rispondevano in solido, ma in guisa che il pagamento fatto da uno liberava gli altri (5): invece l'erede era immune da ogni responsabilità (6).

Per ciò che riguarda l'oggetto dell'azione, esso era diverso a seconda dei casi.

Cominciamo dal più grave. Se pel versamento o per la deiezione era rimasto ucciso un uomo libero, l'azione era popolare,

(1) L. 1 pr. D. h. t.
(2) L. 1 § 4. 9. L. 5 pr. D. h. t.
(3) L. 5 § 5. D. de O. et A. 44. 7; § 1 I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5.
(4) L. 5 § 4 D. h. t.
(5) L. 1 § ult. fino alla L. 4 D. h. t.
(6) L. 5 § 5 D. h. t.

tendeva al pagamento di un'ammenda di 50 aurei, e durava un anno (7).

Se un uomo libero ne era rimasto ferito, ma non ucciso, il giudice stimava e tassava la somma come gli parea conveniente, tenendo conto delle spese e della incapacità perpetua o temporanea al lavoro che la lesione poteva aver cagionate, ma non anche della deformità che poteva aver prodotto, perchè un corpo libero non patisce estimazione. L'azione in questo caso competeva innanzi tutto al ferito, ma poteva sperimentarsi anche da ognuno del popolo, colla differenza che era perpetua pel ferito e solamente annale per tutti gli altri come nel primo caso (8).

Verificandosi un altro danno qualunque, l'azione tendeva a ottenere il doppio del danno cagionato; ma spettava al danneggiato stesso e al suo erede, non anche ad altra persona, ed era perpetua (9).

In modo analogo essa era accordata anche allorquando fosse stata versata o gettata qualche cosa da un granaio, da un magazzino o da un opificio (10). Venendo gettato alcunchè da una nave, potevasi sperimentare un'azione utile contro il *magister* (11).

II. *Positum et suspensum*

Tit. D. de his qui effuderint vel dejecerint 9. 3.

Se il proprietario o l'inquilino di un edificio (1), che dia su di una strada di passo, pone o sospende o tollera che altri ponga o sospenda (2) un qualche oggetto che cadendo può cagionar danno (3), ne risponde, giusta l'editto pretorio (4), con

(7) L. 1 pr. L. 5 § 5 D. h. t.
(8) L. 1 pr. L. 5 § 5. L. 7 D. h. t.
(9) L. 1 pr. L. 5 § 5 D. h. t..
(10) L. 5 § 3 D. h. t.
(11) L. 6 § 3 D. h. t.
(1) L. 5 § 8. 9 D. h. t.
(2) L. 5 § 10 D. h. t.
(3) L. 5 § 11 D. h. t.
(4) L. 5 § 6 D. h. t.

una *in factum actio*, che ha per obbietto una pena privata di dieci *solidi* (5), ed è pure un'azione popolare, perchè esperibile da chiunque osservi quel fatto (6). I moderni la chiamano *de positis et suspensis*; ed ha questo di particolare che suppone bensì una colpa, ma non un danno effettivo o un danno dato. Il fatto stesso fu appunto per ciò qualificato, anzichè come delitto, come quasi delitto (7).

III. *Damnum in navi vel caupona datum.*

Tit. D. nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant (4. 9); furti adversus nautas, caupones, stabularios (47. 5).

Donelli, comment. XV. c. 43 § 10-12 **Pekil,** comm. in tit. D. et C. ad rem nauticam pertin. Amsterd. 1668. **Lauterbach,** de nautis, cauponib. et stabular. (Diss. accad. tom. III. n. 105). **Glück** VI. p. 106 seg. **Welters,** üb. die actio de recepto Amb. 1804. **Zimmern,** System der röm. Noxalklagen § 94 seg. **Buchholtz** nelle sue Abhandl. n. 30 p. 387 seg. **Madai,** sind Gastwirthe wirklich berechtigt Reisende abzuweisen (Giess. Zeitschr XVIII 12). **Guyet,** üb. die Verpflichtung des Gastwirthes zur Aufnahme der Reisenden (Arch. f civ. Prax. XVII. 2. 2). **Goldschmidt,** das receptum nautarum, cauponum et stabulariorum (Zeitschr für Handelsr. III 3). **Gessner,** üb. das receptum nautaram, cauponum, stabulariorum nach R. R. **Harder,** üb. das rec ptum nautarum, cauponum et stabular. (Giess. Zeitschr. N. S. XVIII p. 221 seg). **Otto,** üb. die Haftpflicht der Eisenbahnen (Würtemb. Arch. f. Recht u. Rechtsverwalt. IV. 1. p. 83 seg.). **Vangerow,** § 618.

I. I padroni di una nave, di un albergo o di una stalla, i quali assumono l' incarico di custodire gli effetti dei viaggiatori che ricevono nei loro alberghi o nelle loro navi, rispondono di ogni colpa nell'adempimento della obbligazione che hanno assunta (1). Ma quand'anche non sia intervenuta alcuna convenzione, essi non per questo sono meno responsabili dei danni, e ciò distingue il *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum* dagli altri rapporti giuridici.

Sembra cioè che i Romani abbiano fatta l' esperienza, che questa classe di persone ha più voglia di guadagno che probità; che dovendo servirsi di stranieri aiuti, esse li trovano,

(5) L. 5 § 6 D. h. t.

(6) L. 5 § ult. D. h. t.

(7) L. 5 § 5 D. de O. et A. 44. 7; § 1. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5.

(1) L. 3 § 1 D. nautae, caupones 4. 9.

parte per loro colpa e parte senza, in gente che offre poca garanzia morale e meno economica; e in fine, che allorquando un viaggiatore patisce un danno, sono pronte a darne la colpa ad altri più che nol sieno state a impedirlo con una buona sorveglianza. Il pretore (2) adunque avvisò a due remedi affine di proteggere i viaggiatori contro cotesta gente, più che non sarebbe stato fattibile coi soliti principii della locazione o del deposito. Questi rimedi sono due *in factum actiones*, le quali suppongono:

1. Che v' abbia un *receptum* nella vera significazione della parola; ovverosia che il padrone stesso della nave, dell'albergo o della stalla, o alcuno dei suoi dipendenti incaricato da lui (3) abbiano ricevuto gli effetti del viaggiatore, nell'esercizio del loro mestiere (4). Invece non importa che le cose sieno state particolarmente assegnate o raccomandate a chi le ha ricevute(5), e nemmeno che sieno proprie del viaggiatore bastando che egli abbia un qualche interesse alla loro conservazione (6).

2. Queste cose poi debbono essere state distrutte, danneggiate o rubate (7), e precisamente nella nave, nell'albergo o nella stalla, insomma nella rispettiva località (8): ma non si ha punto riguardo alla colpa del principale, il quale è responsabile sempre, salvo se il danno fosse stato cagionato da forza maggiore (9).

II. Posto dunque che concorrano queste condizioni il danneggiato può esperire due azioni; vale a dire:

1. Se il danno o il furto è stato commesso dal principale medesimo o dai suoi dipendenti, o da persone che abitano stabilmente nell'albergo (10), il danneggiato può sperimentare una

---

(2) L. 3 § 1 D. eod.
(3) L. 1 § 1-6 D. eod.
(4) L. 3 § 2 D. eod.
(5) L. 1 § 8 D. eod.
(6) L. 1 § 7 D. eod.
(7) L. un. pr. D. furti adv. nautas 47. 5; L. 5. § 1 D. nautae caupones 4. 9.
(8) L. ult. pr. D. eod.
(9) L. 3 § 1 D. eod.
(10) L. ult. pr. D. eod.; L. 6 § 3 D. eod.; L. un. pr. et § 1. 6 D. furti adv. nautas 47. 5.

in factum actio al *duplum*, cioè al doppio del risarcimento contro il padrone della nave, dell'albergo o della stalla (11). La quale, come veggiamo, è un'azione *ex maleficio* o *quasi ex maleficio*, a seconda che il danno è cagionato o no per un fatto proprio della persona che ne è punita (12). Ad ogni modo ha un carattere penale, e quindi non può venir intentata contro gli eredi, ma è perpetua (13).

2. Supponiamo invece che il danno o il furto sia stato commesso da altre persone diverse dalle suaccennate, per es. da altri viaggiatori (14). Il padrone della nave o dell'albergo ne risponde anche in questo caso, quantunque affatto innocente (15): ma l'azione, che è detta più particolarmente *de recepto actio* (16), non ha per obbietto che il risarcimento del danno (17). Essa è un' azione meramente restitutoria e può dunque venire sperimentata anche contro gli eredi (18).

In ambi i casi cessa la responsabilità del principale allorquando avesse dichiarato espressamente fin dalle prime di non voler assumere alcuna garanzia, e il viaggiatore vi si fosse acconciato (19).

IV. *Judex qui litem suam facit.*

Tit. D. quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur (2. 2); de extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse dicetur (50. 13); C. de poena judicis qui male judicavit (7. 49).

Weber, Erört. der Grunds. v. der actio contra judicem qui litem suam fecit (Giess. Zeitschr. VII. 1).

---

(11) L. ult. § 1 D. nautae caupones 4. 9; L. un. § 2. D. furti adv. nautas 47. 5.

(12) L. 5 § ult. D. de O. et A. 44. 7; § ult. I. de oblig. quae quasi ex del. 4. 5.

(13) L. ult. § ult. D. nautae caup. 4. 9.

(14) L. 1 § ult. L. 2. 3 pr. D. eod.

(15) L. 3 § 1 D. eod.

(16) L. 3 § ult. D. eod.

(17) L. 3 § 1 D. eod.

(18) L. 3 § 4 D. eod.

(19) L. ult. pr. D. eod.

Sì il magistrato che il giudice sono responsabili della loro gestione.

Il magistrato che applicava ad un caso una regola contraria al diritto vigente, doveva poi accettare la medesima regola nei suoi affari, allorquando il suo avversario l'accampasse in proprio favore (1). Egli era uno speciale *jus talionis.*

Il giudice poi, il quale pronunciava una sentenza lesiva dei diritti patrimoniali di uno dei litiganti, faceva sua la lite, ovverosia condannava se medesimo; perchè spettava alla parte lesa una azione diretta a ottenere il risarcimento (2). È controverso però se fosse lecito sperimentarla soltanto per causa di dolo e colpa lata del giudice, o anche per una sua colpa lieve. Ulpiano sembra partire dal principio, che il giudice non possa venir accusato che per dolo malo, *quum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* (3); mentre Gaio ritiene esperibile l'azione anche per lieve colpa, *per imprudentiam* (4).

Vi avrebbe per avventura una contraddizione tra i due giureconsulti? Non credo: ma è notabile questa differenza, che il giudice il quale pronunciava una ingiusta sentenza per dolo, ossia per malvagia volontà, perchè preoccupato dall'amore, dall'odio, o corrotto dal denaro, si rendeva reo di un vero delitto; mentre il giudice, il quale pronunciava una ingiusta sentenza per imprudenza, rimaneva obbligato per quasi delitto e non per delitto. Nel primo caso doveva prestare la *vera litis aestimatio* (5), e incorreva nell'infamia, ed era rimosso dall'impiego (6), e trattandosi di corruzione, era passibile delle pene comminate dalla *Lex Julia repetundarum* (7): nel secondo invece veniva condannato a una multa valutata seconda equità dalla religione del giudicante, il quale naturalmente nello stabilirla prendeva a guida la

---

(1) L. 1. § 1. L. ult. e passim D. quod quisque juris 2. 2; Cic. ad Q. F. 1, 1, 7.

(2) L. 15 § 1. D. de judiciis 5. 1; L. 6. D. de extr. cogn. 50. 13.

(3) L. 15 § 1 D. de judic. 5. 1.

(4) L. 6. D. de extr. cogn. 50. 13.

(5) Cit. L. 15 § 1 D. de judic.

(6) L. ult. C. de poena judic. qui male judic. 7. 49.

(7) L. 1. 6 § ult. D. de lege Iulia repet. 48. 11.

vera stima della lite (8). L'azione stessa era una *in factum actio* (9), che i moderni chiamano *actio male judicati*, o anche *actio ex syndacatu*: ma d'altronde, perchè il suo scopo era di ottenere risarcito il danno, quinci ne segue che all'attore incombeva la prova di averlo effettivamente patito; e non poteva sperimentarsi se la sentenza era appellabile, o l'attore per sua colpa aveva lasciato trascorrere i termini fatali (10).

(8) L. 6 D. de extr. cogn. 50. 13.
(9) L. 6 D. de extr. cogn. 50. 13
(10) Arg. L. 3 § 2. 3. D. si mensor fals. mod. dix.

CAPO TERZO

Obbligazioni che provengono direttamente dalla legge.

I. Osservazioni generali.

Come avvertii altra volta, v' hanno assai obbligazioni, le quali non derivano nè da contratti nè da delitti, nè da quasi contratti o quasi delitti, ma ripetono immediatamente la loro origine dalla legge stessa. Non credo per altro che sia questo il luogo più acconcio per parlare di tutte. Dell'obbligo legale al pagamento degli interessi fu discorso altrove; quello della dotazione e l'altro dell'alimentazione appartengono al diritto di famiglia; e le molte cauzioni legali, verbigrazia la *cautio usufructuaria*, la *cautio legatorum servandorum causa* ec. vanno trattate più opportunamente nella parte generale tra i modi onde assecurare i diritti. Qui ci limitiamo a discorrere dell'obbligo della esibizione, dell'obbligo di rendere testimonianza, di quello di seppellire i morti, della rimunerazione di servigi prestati, della *lex Rhodia de jactu*, e dei danneggiamenti arrecati dai figli di famiglia, dai servi e dagli animali.

II. In ispecie:

1. L'obbligo della esibizione.

A. *Della esibizione in generale. Actio ad exhibendum.*

Tit. D. e C. ad exhibendum (10. 4—3. 42).
Elnert, de actione ad exhibendum Lips. 1816. **Glück** XI. p. 167. seg. **Vangerow** § 707.

Exhibere significa mostrare un oggetto in modo che si possa prenderne ispezione (1); e oggetto può essere tanto un uomo libero, quanto uno schiavo, e ogni altra cosa mobile. L'obbligo stesso può derivare da un contratto e da un atto di ultima volontà,

(1) Cf. L. 56 D. de procur. 3. 3; L. 38 D. de judiciis V. 1; L. 4 C. de crimine expilatae hereditatis 9. 32.

sibbene che da una immediata disposizione di legge. Egli è a questo titolo soltanto che noi ne parliamo in questo luogo; e ad esso si riferisce l'*actio ad exhibendum*, di cui passiamo a considerare le condizioni e lo scopo.

I. Le condizioni, altre si riferiscono alla persona dell'attore, altre alla persona del reo.

1. Perchè l'attore possa sperimentare questa azione è mestieri ch'egli abbia un interesse all'esibizione il quale dev'essere pecuniario (2) e fondato su di una *justa causa* (3). Questa consisterà ordinariamente in una relazione con un'altra azione più o meno condizionata dalla chiesta esibizione; ma può verificarsi anche indipendentemente da essa.

Cominciamo dal caso più ordinario. Il più delle volte, l'*actio ad exhibendum* tende a preparare un'altra azione, massimamente un'azione reale (4), e sopratutto una rivendicazione (5), per cui anzi, a detta di Ulpiano, venne principalmente inventata (6). Ma la sua utilità non è punto ristretta ai diritti reali; e può talvolta tornare indispensabile per ottenere realizzato un diritto di obbligazione (7). Resta però a sapersi in cosa possa consistere cotesta preparazione; e a tal uopo distinguiamo tre casi. Soventi volte può importarci di constatare l'indentità e qualità della cosa prima di perseguitarla nel giudizio diretto (8), e l'azione in questa ipotesi non ha altro scopo fuor quello della istruzione. Spesso anche, quando la cosa da rivendicarsi si trova congiunta con un'altra in modo da formare una sola cosa con essa, occorre di averne ottenuta la separazione affine di darle una esistenza individuale, prima di poter sperimentare la *vindicatio* (9): ma ciò suppone, e quasi sarebbe inutile il dirlo, che la separazione sia fisicamente possibile (10), e non sia proi-

(2) L. 13. 19. D. h. t.
(3) L. 3 § 11. D. h. t.
(4) L. 3 § 3. 4 D. h. t.
(5) L. 1. 3. § 14. L. 6. D. h. t.
(6) L. 1 D. h. t.
(7) L. 3 § 5. 11. 12 D. h. t. — L. 3. § 7 D. eod. — L. 12 § 2 D. eod.
(8) Per es. L. 3 § 7 D. h. t.
(9) L. 23 § 5. D. de R. V. 6. 1; L. 6. 7 § 1. 2. D. h. t.
(10) L. 23 § 5 D. R. V.

bita da alcuna legge (11). Finalmente può darsi che taluno abbia in base ad un legato o per contratto il diritto di scegliere una di più cose a suo piacimento; e in questa ipotesi egli potrà domandare che le cose gli vengano mostrate per averne conoscenza (12).

Nondimeno, sebbene l'*actio ad exhibendum* sia per sua natura preparatoria, può verificarsi di fatto che ci faccia ottenere il medesimo risultato dell' azione, ch' essa serve a preparare, e la renda iu questo modo inutile. Ciò accade in due casi. Supponiamo che una mia cosa si trovi sul fondo altrui, per es. che una mia barca vi sia stata trasportata dalla forza del torrente. In questa ipotesi io non posso certo sperimentare la rivendicazione, perchè il proprietario del fondo non possiede, ed anzi neppur detiene la cosa; ma non mi è neppur lecito di andarla a prendere contro sua volontà, perchè non ho punto il diritto di invadere le altrui terre. In questa ipotesi potrò nondimeno coll'*actio ad exhibendum* arrivare a forza alla mia barca; e con ciò il mio scopo è raggiunto, perchè il diritto che mi compete sulla cosa non è contestato da nessuno, ed è rimosso l' unico ostacolo, cioè il *jus prohibendi* del proprietario del fondo, che si opponeva a che potessi farlo valere (13). Un altro caso si verifica allorquando v'abbiano dei motivi pei quali il reo debba venir condannato nell'interesse; il che può accadere, grazie alla natura arbitraria dell' azione in discorso, o perchè il reo non obbedisce all'arbitrio del giudice ed è contumace nell'esibire (14), o perchè colui che si trovava nella possibilità di fare l' esibizione se n' è privato dolosamente, sia distruggendo con dolo malo la cosa, o allontanandola con dolo dal suo possesso (15). Del resto si nell'un caso e si nell'altro l'azione conserva il suo carattere originario, e solo per circostanze accidentali vengono

(11) L. 6 D. h. t.

(12) L. 3 § 6. 10. L. 12 § 2. D. h. t.; L. 8. § 3. D. de opt. vel elect. legata 33. 5.

(13) L. 5 § 2-5. L. 9 § 1. L. 15 D. h. t; L. 25. D. de A. E. V. 19. 1; L. 16 D. de praescr. verb. 19. 5.

(14) L. 3 § 2. L. 5 § 2. L. 7 § 4. 6 D. h. t.; L. 3. C. h. t.

(15) L. 5 § 2. L. 8. 9 pr. § 1-4. L. 14. 15 D. h. t.; L. 11 in f. D. de R. C. 12. 1; L. 27 D. de pignor. 20. 1; L. 1; § 2. D.. de tigno iuncto 47. 3; § 2. I. quib alien. liceat 2. 8; L. 5 C. h. t.

a generarsi delle differenze estrinseche, che non ne alterano punto il vero carattere

Ad ogni modo incombe all'attore di provare il suo interesse, allorquando il reo lo contesti, o meglio deve dimostrarlo; perchè una vera prova formale non è punto necessaria, e basta anche una dimostrazione sommaria perchè l'*actio ad exhibendum* possa risguardarsi come fondata. La prova della giusta causa, cioè del diritto che compete all'attore e che serve di sustrato al suo interesse, è riservata al giudizio diretto, che viene ora apparecchiato (16).

2. L'azione può venire sperimentata contro ognuno *qui facultatem exhibendi habet* (17): quindi anche contro il semplice detentore (18); anzi persino contro colui, che senza detenere presentemente la cosa, può nondimeno, purchè il voglia, procacciarsene la detenzione (19). Colui che non ha la *facultas exhibendi* non può neppure essere reo per l'azione in discorso salvo se avesse cessato di possedere con dolo, *qui dolo desiit possidere* (20).

II. L'azione è arbitraria; vale a dire il giudice minaccia il reo di una condanna pecuniaria, ammenochè non esibisca la cosa (21) Il suo vero scopo è di ottenere la esibizione; e precisamente il reo deve esibire l'oggetto in discorso convenientemente. Perciò se non lo esibisce fin dalle prime, ma solo dopo contestata la lite, egli deve ciononpertanto esibirlo in modo che l'attore ne abbia quel medesimo vantaggio, come se l'esibizione si fosse verificata al momento della contestazione (22) D'altronde, non potendo farne subito la esibizione, gli è lecito domandare una proroga, prestando cauzione (23). Le spese vanno di regola portate dall'attore (24). Se il reo rifiuta l'esibizione, o la rende per suo dolo o colpa impossibile, egli è condannato nei danni e interessi, l'ammontare dei quali è determinato dall'interesse dell'attore (25).

(16) L. 3. § 9. 13 D. h. t.
(17) L. 5 pr. D. h. t.
(18) L. 3 § ult. L. 4 D. h. t.
(19) L. 5 § 4. 5. L. 9 § 1 D. h. t.
(20) L. 9 pr. § 1-3. L. 14. D. h. t.; L. 5 C. h. t.
(21) § 31 I. de action. 4. 6; § 3 I. de off. jud. 4. 17.
(22) L. 9 § 5. 6. D. h. t; § 3. I. de off. judic. 4. 17.
(23) L. 12 § 5 D. h. t; § 3 I. de off. jud.
(24) L. 11 § 1 D. h. t.
(25) L. 7 § ult. D. h. t; L. 9 § ult. L. 12 § 4 D. eod; § 3 I. de off. judic.

B. *In ispecie l'obbligo della edizione di un documento.*

Tit. D. e C. de edendo (2. 13—2. 1).
Glück, XXII p. 108 seg. **Almendingen,** üb. Urkundenedition u. Argentarien (Magaz. di Grolman für die Phil. n. G. d. R. u. Gesetzg I. 7. II. 2. 3). **Mittermaier,** üb. die Gründe der Verpflichtung zur Edition v. Urkunden Heidelb. 1835. **Linde,** Beitrag zur Lehre üb. die Edition der Quittungen (Giess. Zeitschr. I. 8). **Vangerow,** § 708.

L'edizione di documenti, cioè la loro presentazione allo scopo che taluno possa prenderne notizia o anche copia, non è che una specie di esibizione. Noi distinguiamo più casi.

I. Secondo il diritto processuale dei Romani il reo poteva pretendere che l'attore fin dal momento della *editio actionis* presentasse anche tutti i documenti, coi quali intendeva di provare i fatti dell'azione medesima; nè altrimenti l'attore poteva pretendere dal reo che colle eccezioni producesse a un tempo anche i documenti che dovevano provarle (1).

II. V'erano però anche più casi nei quali taluno era obbligato all'edizione di documenti onde *un altro* voleva giovarsi per una prova che gl'incombeva; e quest'obbligo poteva essere fondato sia nella circostanza che il possessore dei documenti è appunto nostro avversario nel processo in cui vogliamo servircene; e sia in altra circostanza diversa da questi motivi processuali.

1. Noi consideriamo dapprima questo secondo caso, e facciamo astrazione da un processo che si agiti fra le parti. Tanto è certo, che colui il quale ha uno speciale diritto a un documento, può sperimentare l'azione derivante da cotesto diritto, e procacciarsi cosi il documento (2); ma nell'Editto pretorio si trovano anche due speciali determinazioni. Una di esse concerne all'obbligo di esibire un testamento, a cui corrispondeva uno speciale *interdictum de tabulis exhibendis* (3). L'altra riguarda l'obbligo degli *argentarii* di mostrare a ogni loro cliente quella

(1) L. 1 § 3 D. h. t; L. 7 in f. C. h. t.

(2) L. 3 § 5 D. de tab. exhib. 43. 5; L. 3 § 14 D. ad exhib. 10. 4; L. 3 D. test. quemadm. aperiant. 29. 3; L. 4. 6 C. ad exhib. 3. 42.— L. 5. 8 pr. D. fam. herc. 10. 2; L. 7 C. h. t. — L. 9 pr. D. h. t. L. 8 pr. D. mandati 17. 1; L. 48. 52. pr. D. de A. E. V. 19. 1; L. 46 § 5. D. de adm. et per. tut. 26. 7; L. 1 § 3 D. de tut. et rat. distr. 27. 3.

(3) Tit. D. 43. 6 e Tit. C. 8. 7, de tabulis exhibendis.

parte dei libri che lo concernono (4): ma l'implorante doveva prestare il giuramento di calunnia (5); e di regola, non poteva chiedere l'esibizione che una volta; e ancora, il pretore poteva sotto date circostanze accordare il diritto all'argentario di domandare l'edizione delle *rationes* dal suo cliente (6). In seguito l'equità fece luogo all'obbligo della esibizione e ad una azione *in factum* anche allorquando taluno possedeva un documento rogato appunto intorno agli affari di un terzo e che fin dalle prime era stato destinato per suo uso (7). Da ultimo fu stabilito per Giustiniano: come era obbligo generale di ogni cittadino di rendere testimonianza, così anche ogni possessore di documenti deve essere obbligato a mostrarli ad ogni interessato, ammenochè non giuri che questa esibizione ridonderebbe a danno di lui stesso; soltanto coloro che in un caso speciale erano legalmente dispensati dal rendere testimonianza, potevano anche domandare d'essere esentati da questo obbligo della edizione (8). È però osservabile che questa legge non venne chiosata.

2. Noi passiamo a considerare il secondo caso, che cioè il possessore del documento sia appunto nostro avversario nel processo in cui vogliamo servircene contro di lui. In generale nessuna delle parti può essere obbligata di somministrare all'altra delle armi in suo danno, *nemo contra se edere tenetur* (9): ma questa regola non è senza eccezioni. E anzitutto, se viene accampata una pretesa la quale si colleghi con una tenuta di libri o di conti, *rationes*, che prodotta per intero, potrebbe essere di importanza per la decisione, e segnatamente provarne l'insussistenza, è lecito al reo di chiederne all'attore l'esibizione (10). Viceversa non lice all'attore di domandare al reo la esibizione di un documento, che potrebbe giovargli a fondare la sua azione (11); e l'unica eccezione ammessa dal diritto romano era per quei documenti che concernevano a un'azione civile del fisco. D'al-

(4) L. 4 pr. D. h. t.
(5) L. 6 § 2. L. 9 § 3. D. h. t.
(6) L. 6 § 8. 9. L. 7 D. h. t.
(7) L. 3 § 14 D. ad exhib. 10. 4; arg. L. 4 § 1 D. h. t.
(8) L. 22 C. de fide instr. 4. 21.
(9) L. 1. 4 C. h. t.; L. 7 C. de testib. 4. 20.
(10) L. 5. 6. 8 C. h. t.
(11) L. 8 C. h. t.; L. 7 C. de testib.

tronde l'edizione non si faceva che con pregiudizio per questo processo, e non era lecito al fisco di giovarsene per altre cose contro il reo, segnatamente per cose penali (12).

III. Chi rifiutava l'edizione, a cui era tenuto, veniva condannato nell'interesse, che si poteva determinare dall'attore mediante il *juramentum in litem* (13). È però dubbio se questa *actio in factum* sia un'azione arbitraria. Certo lo era quella contro gli argentari; perchè il decreto partiva dal pretore e non dal giudice, e se il banchiere si rifiutava di obbedire a questo decreto, l'azione aveva assolutamente per obbietto l'interesse qual era al momento del decreto stesso (14). È però supponibile, e appare con sufficiente evidenza anche dalle nostre fonti (15), che l'azione che si sperimentava contro gli *argentarii* non era diversa da quella che si sperimentava contro a persone privatė.

---

2. L'obbligo di rendere testimonianza.

Tit. D. e C. de testibus (22. 5—4. 20).
Glück, XXII p. 163 seg.

Le deposizioni dei testimoni, come le prove in genere, servono a promuovere la giustizia, e quindi parrà cosa molto naturale che nessuno, di cui sia domandata la testimonianza in giudizio, possa sottrarsi all'obbligo di renderla. Nondimeno facevasi una distinzione in antico. Trattandosi di bisogne criminali, non era lecito ad alcuno, neppure al magistrato di rifiutarvisi (1); ma invece nelle cose civili nessuno poteva di regola venir forzato a rendere testimonianza, sebbene la legge decemvirale dichiarasse *improbus intestabilisque* colui, che dopo essere intervenuto come testimonio in un affare solenne conchiuso colla forma della mancipazione, rifiutava la testimonianza in giudi-

(12) L. 2 § 2 D. de jure fisci 9. 14; cf. L. 2 § 1 D. eod. L. 3. D. h. t.
(13) L. 10 D. de in lit. jur. 12. 3.
(14) L. 6. § 4. L. 8 § 1. D. h. t.
(15) L. 9 pr. D. h. t.
(1) L. 21 § 1 D. h. t.

zio (2). L'obbligo non fu propriamente reso generale se non da Giustiniano (3).

Nondimeno sono notabili alcune eccezioni.

1. Grazie alla *lex Julia judiciorum publicorum* ne andavano immuni i congiunti e precisamente i consanguinei fino al sesto grado, e gli affini in linea retta, tra' quali vanno annoverati anche il fidanzato della figlia e il padre della fidanzata (4).

2. Per simile non ne correva obbligo ai vecchi, agli infermi, ai militi, ai publicani ed agli appaltatori delle somministrazioni militari, nè a coloro che erano assenti per causa della Republica o anche per altro motivo, purchè non si fossero assentati affine di sottrarsi alla testimonianza, e in generale a tutti quelli che si trovavano impediti dal comparire in giudizio, *quibus venire non licet* (5). Il qual principio si collega manifestamente con quell'altro dell'antico ordinamento giudiziario, che cioè i testimoni debbano essere presenti.

3. Per ultimo v'avea delle persone alle quali era interdetto di manifestare qualche cosa, o meglio che in forza del loro uffizio aveano l'obbligo di tener il segreto, e anche queste erano escusate dalla testimonianza. Tali erano gli avvocati e i procuratori (6): il diritto canonico vi aggiunse poi gli ecclesiastici che fossero messi a parte di qualche cosa sotto il sigillo della confessione.

---

3. L'obbligo di seppellire un morto.

Tit. D. de religiosis et sumtibus funerum (11. 7).
Glück XI p. 412 seg. **Helmbach** nel Rechtslex. di Weiske I. v. Begräbniss e Begräbnisskosten.

L'obbligo della inumazione può derivare da un contratto o da un atto di ultima volontà (1). Prescindendo da queste ipo-

(2) Gell. N. A. XV. 13; cf. Ulp. XIX § 3. Gai. 1, 8. 3; Teoph. ad § 6. I. quib. mod. patr. pot solv. e ad § 6. I. de testam. ord.

(3) L. 16. 19. C. h. t.

(4) L. 4. 5. D. h. t.; L. 16 C. h. t.

(5) L. 8. 19. D. h. t.

(6) L. ult. D. h. t.

(1) L. 12 § 4 D. h. t.

tesi, ella è una regola generale del diritto romano, che le spese mortuarie vanno portate dal patrimonio stesso del defunto: *de suo expedit mortuos funerari* (2). In altri termini l'obbligo di seppellire un morto incombe prima di tutto agli eredi di lui (3); e trattandosi di una donna, quegli che lucra la dote, concorre proporzionatamente con essi (4). In difetto di eredi, ne risponde il *paterfamilias* (5). La donna che non ha nè erede nè padre va seppellita dal marito (6).

Se le spese possono venir portate dal patrimonio del defunto, l'importo ne vuol essere misurato secondo esso, altrimenti secondo il patrimonio di colui al quale ne incombe il dovere giuridico (7). Tra queste spese non vanno annoverate le cose di mero lusso, ma solamente ciò ch'è richiesto dalla inumazione secondo la condizione e il costume (8).

Propriamente l'obbligazione in discorso acquista una importanza pratica allorquando taluno si sobbarca spontaneo alla cura dei funerali e della tumulazione di un defunto in luogo di colui che vi sarebbe tenuto per legge. Di questa cura spontanea di un terzo, la quale non è che una specie di gestione d'affari, abbiamo toccato altrove.

---

4. La rimunerazione di servigi prestati.

Tit. D. de extraordinariis cognitionibus (50. 13); de proxeneticis (50. 14).
Pfeiffer, pract. Ausführ. VIII. 7. **Schäffer** nella Giess. Zeitschr. N. S. VII. 1.

In generale allorchè taluno si fa prestare dei servigi soliti a pagarsi senza che v'abbia uno speciale contratto, colui che li presta può nondimeno esigere una conveniente mercede coll'*actio praescriptis verbis* (1). Ma prescindendo da ciò, sono note-

(2) L. 14 § 13 D. h. t.
(3) L. 12 § 4 D. h. t.
(4) L. 16. 22. 23 D. h. t.
(5) L. 21 D. h. t.
(6) L. 28. D. h. t.
(7) L. 12 § 5. L. 14 § 6. L. 21. 28. D. h. t.
(8) L. 14 § 2-5. L. 37 D. h. t.
(1) L. 22 D. praescr. verb. 19. 5.

voli alcuni casi contemplati dalle nostre leggi, nei quali sebbene non possa ammettersi nè locazione di opere nè alcuno dei contratti consecrati da Aristone, è nondimeno riconosciuto un obbligo alla rimunerazione dei servigi prestati.

Tale è a cagion d'esempio il mestiere dei sensali, *proxenetae*, che sebbene fosse un mestiere sordido, senza publica controlleria, come senza alcuna determinata limitazione obbiettiva, era nondimeno una professione lecita, per cui esistevano delle apposite officine. E' solevano farsi mediatori di compere, di negozi pecuniari e altri affari mercantili, di tutto ciò che loro si presentava, anche di matrimoni e aspiri ai publici impieghi. Il sensale che avesse solamente raccomandato un mutuo o altro simile affare, non era per anche risguardato come mandatore; ma era passibile dell'azione del dolo se oltrepassava i mezzi leciti (2).

Altre persone che potevano domandare una rimunerazione pei servigi prestati, avvegnachè non fosse stato preso alcuno speciale accordo intorno ad essa, erano i precettori di studi liberali, tra cui segnatamente i retori, i grammatici e i geometri (3); ma non anche i professori di filosofia, che anzi dovevano far professione di spregiare ogni opera mercenaria (4); e nè tampoco quelli di giurisprudenza, che era cosa troppo nobile per venire stimata a danaro o degradata con una pretesa di pecunia (5).

Ai precettori di studi liberali erano invece pareggiati i medici e le levatrici (6); ma non anche i cialtroni che facevano incantesimi o imprecazioni od esorcismi, sebbene anche ciò possa giovare talvolta (7).

Parimenti vi appartenevano i *ludi literarii magistri*, quantunque non fossero professori, i librai, notai, calcolatori o tabularii (8): ma non eziandio altri artisti o mestieranti *extra literas vel notas* (9).

---

(2) L. 1-3 D. de proxen. 50. 14; L. 18 D. de sponsal. 23. 1; L. 15 D. praescr. verb. 19. 5.

(3) L. 1 pr. D. de extr. cogn.

(4) L. 1 § 4 D. eod.

(5) L. 1 § 5 D. eod.

(6) L. 1 § 1-3 D. eod.

(7) L. 1 § 3 D. eod.

(8) L. 1 § 6. D. eod.

(9) L. 1 § 7 D. eod.

Oltrecciò i *salaria comitum* o legati (**10**) e dei *juris studiosorum* (**11**), gli onorari degli avvocati (**12**) e la mercede delle nutrici (**13**).

D'altronde il diritto romano non ammette in questi casi una vera azione, ma solo una *extraordinaria persecutio*. La grandezza della rimunerazione dipendeva dal criterio del magistrato; e solo per gli avvocati era stabilito un massimo dalla legge stessa (**14**).

---

5. La *lex Rhodia de jactu*.

Tit. D. de lege Rhodia de jactu (14. 2).

Glück XIV p. 199 seg. **Schryver,** sur la loi Rhodia de jactu Bruss. 1811. **Kritz,** üb. die Anwendbark. der legis Rhodiae de jactu auf andere Fälle als die der Seegefahr (Abh. nº 4). **Walther,** ad L. 2 § 2 de lege Rhodia de jactu, cum observationibus quibusdam de poportione progressiva in distr.buendis damnis bellicis Tub. 1801.

I. L'isola di Rodi andò famosa nell'antichità per le sue arti, pe' suoi traffici e per le sue leggi, che Roma adottò a quanto pare, fino dai tempi della Republica, perocchè Servio Sulpicio, Ofilio e Labeone sieno ricordati tra i principali interpreti di esse (**1**); ma che primo Antonino Pio solennemente riconobbe, in quanto non vi ostasse altra legge romana. Ecco com' ei si esprime: *Ego quidem orbis dominus sum, sed tamen jus maris secundum legem Rhodiorum nauticam judicetur in his in quibus nulla nostrarum legum ei adversatur* (2): Dalle quali parole è chiaro ad un tempo che le leggi Rodie non si accettarono senza scelta; e non farà meraviglia di trovarne alcune nei classici che non valevano punto presso i Romani (3).

1. Tra queste leggi va specialmente notato un frammento, che è il solo il quale sia stato accolto nel Digesto, quella *lex Rhodia*

---

(10) L. 1 § 8. D. eod.
(11) L. 4 D. eod.
(12) L. 1 § 10 - 13 D. eod.
(13) L. 1 § 14 D. eod.
(14) L. 1 § 10. 12. D. eod.
(1) L. 2 pr. § 3 D. h. t.; L. 4 pr. § 1 D. eod.
(2) L. 9 D. h. t.
(3) Cic. de invent. II. 32; Orator. Partition. c. 34; Strabo lib. XIV.

de jactu, che ispirandosi a un principio di equità naturale (4), stabilì che dovendo in un grave pericolo di mare venir gettate tutte o parte delle merci che si trasportano su di una nave affine di alleggerire il bastimento e così salvarlo, il danno resultante dal getto vuol essere ripartito tra i proprietari della nave e le persone a vantaggio delle quali il getto fu operato, giusta la misura e proporzione della loro proprietà che fu per tal modo salvata (5).

Anche questa obbligazione adunque deriva immediatamente dalla legge, senza che preceda alcuno speciale fatto obbligatorio di colui che si obbliga: ma suppone sempre più condizioni, che sono:

a. Che v'abbia un vero getto di merci, ovvero un sacrificio fatto coll' intendimento di salvare la nave o il carico (6); per cui gli armatori ponno esigere la riparazione dei danni cagionati dagli alberi tagliati, dalle àncore volontariamente abbandonate ecc. (7), ma non anche la riparazione delle cose perite accidentalmente.

b. Si addimandava altresì che ricorresse la necessità del getto per salvare la nave o il rimanente del carico da un pericolo derivante da una grave fortuna di mare (8).

c. Che le merci gettate fossero veramente andate perdute pel getto (9).

d. Che pel getto la nave fosse salvata (10).

2. Verificandosi queste condizioni, il danno va portato in comune da tutti gli interessati in proporzione delle loro parti, e quindi dall' armatore della nave e dai proprietari delle merci salvate, purchè non consistano solo in cibarie o altre cose destinate al consumo (11), e il salvamento sia durevole. Ma quali principii dovranno applicarsi, se la nave fosse stata salvata pel getto al momento in cui questo avvenne, e poi sia perita per

(4) L. 2 pr. D. h. t.
(5) L. 1 D. h. t.
(6) L. 1. 2. §. 1 D. h. t.
(7) L. 3. 5. § 1. L. 6 D. h. t.
(8) L. 2 § 2. D. h. t.
(9) L. 2 § 7. L. 4 in f. D. h. t.
(10) L. 4 pr. L. 5 pr. D. h. t.
(11) L. 2 § 2 D. h. t.

altra burrasca prima di arrivare alla sua destinazione, e nondimeno alcune merci abbiano potuto essere recuperate dal mare? Ecco un responso di Sabino: Il proprietario delle merci gettate ha diritto che la perdita delle medesime sia risentita anche dai proprietari di quelle che poterono essere recuperate dal mare: ma se invece egli stesso ha ricuperato le proprie, non per questo compete agli altri alcuna ragione contro di lui perocchè le loro merci non possano dirsi gettate per salvare il bastimento che andò sommerso (12).

3. Il danno vuol essere equamente ripartito, secondo la estimazione delle merci gettate e di ciò che fu salvo.

Precisamente le merci gettate vanno stimate secondo il loro prezzo di compera, quand'anche si avessero potuto vendere a un prezzo maggiore, perocchè si risponda del danno e non anche del lucro. Invece la estimazione delle merci salvate si fa giusta il prezzo per cui possono vendersi al momento in cui vengono a contributo (13).

4. Al proprietario delle merci gettate non era accordata che un'azione contro l'armatore della nave, e precisamente l'*actio conducti*: ma questi però aveva rivalsa contro coloro, le cui merci erano state salvate, con l'*actio locati* (14).

II. Il testo della legge Rodia non parla che del getto delle merci: ma il principio a cui s'ispira è un principio generale, che cioè colui il quale ebbe a patire un danno per altri possa domandarne il risarcimento. Non farà dunque meraviglia che i Romani lo estendessero, applicandolo anche ad altri casi analoghi, segnatamente al deterioramento delle merci (15), e al prezzo di riscatto che uno degli interessati avesse pagato ai pirati per redimere la nave (16). Nondimeno le estensioni analoghe della legge Rodia, che troviamo nel gius romano, suppongono tutte un infortunio di mare; e solo i moderni la vogliono applicata analogamente anche ai danni di guerra e agli incendi.

---

(12) L. 4 § 1 D. h. t.
(13) L. 2 § 4 D. h. t.
(14) L. 2 pr. D. h. t.
(15) L. 4 § 2 D. h. t.
(16) L. 2 § 3 D. h. t.

6. Le azioni nossali.

Tit. I. D. e C. de noxalibus actionibus (4.8—9.4—3.41.)
Zimmern, das System der röm. Noxalklagen Eidelb. 1818. Il medes. Geschichte des röm. Privatrechts Eidelb. 1826 I. p. 698—703. **Pauly,** Real-Encykl. V. p. 720 seg.

A. *Danni cagionati da un servo o da un figlio di famiglia.*

I. Se un servo cagionava un danno con un suo delitto, il padrone era passibile dell'azione che derivava da questo delitto: ma poteva sottrarvisi abbandonando il servo al danneggiato, il che dicevasi *noxae dare*. Propriamente il padrone non rispondeva di una colpa sua propria, ma come difensore forzato del *caput nocens*, su cui veramente ricadeva la responsabilità, ed è perciò che gli era lecito abbandonarlo al danneggiato, qualora non preferisse di sanare egli stesso il delitto, *litis aestimationem sufferre* (1).

L'azione stessa, a cagione di questa sua particolarità era detta *actio noxalis* (2): ma nulla può dirsi di preciso intorno al tempo in cui venne introdotta. Una determinazione relativa ad essa la troviamo nella legge decemvirale pel caso di un furto: *si servus furtum faxit noxiamve nocuit* (3); ma le leggi posteriori e specialmente l'editto pretorio l'applicarono anche agli altri delitti privati (4). Il principio sovra cui si fondava era questo, che *noxa caput sequitur*; e da esso derivavano più conseguenze, che meritano essere avvertite.

In prima l'azione non andava sperimentata contro colui che avesse avuto la proprietà del servo al momento in cui il delitto fu commesso, ma contro colui il quale lo aveva in sua potestà nel momento in cui era esercitata; appunto perchè il padrone non rispondeva del colpevole che come suo difensore.

Oltrecciò ne segue che allorquando un servo aveva perpetrato un delitto e poi veniva manomesso, egli ne rispondeva

(1) Paul I. 15. 1; Gai. 4, 75 seg.

(2) Gai. 4, 75; Paul. II. 31. 7; Tit. D. de nox act. 9. 4; Tit. I. de nox act. 4. 8.

(3) Gai. 4, 76; L. 5 D. si fam. furt. fec. dic. 47. 6; L. 56 D. de O. et A. 47. 7; Festus de V. S. noxia.

(4) Gai. 4, 76; L. 17 § 18 D. de aedil. edicto 21. 1; L. 1 § 2 D. de priv. del. 74. 1; L. 200 D. de V. S.

anche dopo la manumissione: ma naturalmente l'azione nossale assumeva in questo caso il carattere di un'*actio ex delicto*. Viceversa, se un uomo libero commetteva un reato, e poi diventava servo, l'*actio ex delicto* assumeva il carattere di un'azione nossale (5).

Supponiamo che il servo siasi reso colpevole di un delitto contro il proprio *dominus*. In tale ipotesi non havvi certamente luogo ad azione, neppure se il servo venisse poi alienato o manomesso, giusta il principo che *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere nequit*. Ma se uno schiavo altrui avesse commesso un delitto contro di un terzo, e questi ne acquistasse poi la proprietà e la trasferisse successivamente ad altra persona, competerebbe al danneggiato un'azione nossale contro di essa? I Sabiniani erano d'avviso che cotale acquisto della proprietà distruggesse l'azione per tutti i tempi avvenire (6); mentre i Proculeiani volevano che l'azione riposasse bensì durante il tempo della proprietà, ma rinverdisse di poi, mancato l'impedimento (7). Nel diritto giustinianeo fu accolta l'opinione dei Sabiniani (8).

L'abbandono si faceva colle solite forme della trasmissione della proprietà quiritaria, e quindi col mezzo della *mancipatio* o della *in jure cessio* (9). Se il padrone non rispondeva all'azione, il pretore aggiudicava il servo all'attore, che ne acquistava la proprietà pretoria, l'*in bonis*, colla facoltà di usucapirlo (10). Del resto il servo che trovava mezzo di risarcire il danno, poteva domandare di essere manomesso (11).

II. Gli stessi principii valevano anticamente anche pei delitti di un figlio di famiglia. L'azione nascente dal delitto poteva essere sperimentata contro il *paterfamilias*: ma anche questi non rispondeva che come difensore forzato del *caput nocens*, e quindi poteva abbandonarlo in risarcimento alla persona lesa, purchè non

(5) Gai. 4, 77; Paul. II. 31, 8. 9; L. 20. D. h. t.; L. 1 § 2 D. de priv. del. 47. 1, ecc.

(6) Gai. 4, 48; L. 37 D. h. t.; L. 18. 64 D. de furt. 47. 2.

(7) Gai. l. c.

(8) § 6 I. h. t.

(9) Gai. 4, 79

(10) L. 2 § 1 D. si ex noxali 2. 9; L. 26 § 6 D. h. t.

(11) § 3 I. h. t.

togliesse meglio di pagare la estimazione della lite (12). Dal principio che *noxa caput sequitur*, che è comune a tutte le azioni di questo genere, segue parimenti che colui soltanto è passibile dell'azione che ha la potestà sul figlio al momento in cui viene sperimentata; come eziandio che il diritto d'azione non può ottenersi dal padre danneggiato, neppure in seguito, sebbene fosse dubbio se l'acquisto della patria potestà posteriore al delitto estinguesse l'obbligazione.

L'abbandono si faceva pure nella solita forma della mancipazione (13), e il figlio diventava mancipio di colui al quale era stato abbandonato: egli era *servi loco*, e poteva essere astretto ad opere servili. D'altronde il danneggiato, non tosto era soddisfatto del danno, poteva essere forzato dal pretore alla manumissione (14).

Qui però si presenta spontanea una domanda ed è, se il figlio dato una volta a nossa, e manomesso dal danneggiato, ricadesse nella patria potestà o diventasse persona *sui juris*. La questione era sciolta diversamente dalle diverse scuole. I Proculeiani ligi alla regola che valeva per la mancipazione volontaria, erano d'avviso che fosse necessario ripeterla tre volte perchè la patria potestà si potesse dire estinta per sempre; i Sabiniani invece sostenevano che trattandosi di una mancipazione necessaria, la ripetizione era inutile, e la patria potestà si doveva riguardare come estinta (15).

Del resto, sebbene la *noxae deditio* appartenesse di pien diritto al *paterfamilias*, è supponibile ch' egli ne abbia usato ben di rado. Anzi ai tempi degli imperatori essa era già andata in dessuetudine, in ispecie perchè anche un figlio di famiglia poteva avere oggimai delle sostanze proprie, e questa sua capacità doveva rendere inutile la responsabilità del padre. Si aggiunge che le idee cristiane si opponevano pure a quest' uso. Finalmente Giustiniano lo abolì (16); e il leso si trovò ridotto

---

(12) Gai. 1, 140. 141; 4, 75; Coll. leg. Mosaic. II. 3; L. 5 § 5 D. de O. et A.; L. 33. 34. 35 D. h. t.

(13) Gai. 1, 141; 4, 79.

(14) Coll. leg. Mosaic. II. 3; Gai. 1, 140.

(15) Gai. 4, 79; cf. 1, 140. 141.

(16) § ult. I. h. t.

a perseguitare direttamente e personalmente l'autore del danno, senza avere alcun ricorso contro il padre.

B. *Danni cagionati da animali.*

Actio de pauperie e de pastu.

Tit I. e D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (I.9-9.1).
Zimmern, das Syst. der röm. Noxalklagen c. 5. **Gesterding,** Rechtsverh. in Bezug auf fremde Thiere (Giess. Zeitschr. IV. 11). **Thibaut,** üb. den durch ein Thier secundum naturam verursachten Schaden (Vers. II. 8). **Buttazzoni,** sul risarcimento del danno dato da animali (Gazzetta dei Tribunali Trieste 1867 I. 75 seg). **Vangerow,** § 689.

I. Anche il danno cagionato da animali, che dicesi propriamente *pauperies*, ha il suo fondamento nelle dodici tavole. Se un quadrupede od altro animale ha recato un danno senza altrui colpa e per istinti contrari alla natura della sua specie, la legge accorda un'azione con *noxae deditio*. Il proprietario dell'animale ne risponde come suo difensore naturale: ma appunto perchè non è responsabile che come difensore, e non per una propria colpa, gli è lecito liberarsi dal risarcimento col dare l'animale a nossa. In ispecie giova tener fermi i principii che seguono:

1. La legge parte dalla presunzione di una colpa dell'animale: perciò esige che abbia arrecato il danno *contra naturam sui generis* (1), e che dietro all'animale non istia un uomo (2). Ne segue che solo gli animali mansueti possono far luogo a cotale azione, perchè può dirsi solamente di essi che abbiano dato il danno per istinti contrari alla natura della loro specie. Posta l'idea di una colpa dell'animale in questo senso, era naturale che si distinguesse tra animali mansueti ed animali selvaggi, e ammessa la responsabilità del proprietario per quelli, si escludesse per questi (3). Ancora, non si contemplarono in origine se non i danni cagionati da quadrupedi; e solo più tardi venne estesa l'azione anche ai danni dati da altri animali (4).

---

(1) L. 1 § 7 D. h. t; pr. I. h. t.
(2) L. 1 § 3-6 D. h. t.; pr. I. h. t.
(3) Pr. I. h. t.; L. 1 § 10. D. h. t.
(4) L. 4 D. h. t.

2. L'azione stessa compete non solo al proprietario, ma a qualunque danneggiato (5); e come ogni altra azione nossale, viene sperimentata contro l'attuale proprietario dell'animale, e non contro quegli che ne aveva la proprietà al momento in cui il danno fu dato: *noxa caput sequitur* (6). Nel caso che v'abbiano più proprietari, essa può venire intentata contro ciascheduno di essi *in solidum* (7). D'altronde è esperibile anche contro il possessore fittizio, cioè contro colui *qui possidere desiit* o *liti se se obtulit* (8). Se l'animale muore prima della contestazione della lite, essa stessa vien meno essendo mancato il colpevole (9).

3. Il suo obbietto è il risarcimento del danno: ma l'obbligo del proprietario non è assoluto. Egli può eziandio abbandonare l'animale e liberarsi cosi da ogni altro obbligo (10): ma ripetiamo che la *noxae deditio* è solamente *in solutione* e non anche *in petitione*. Il proprietario convenuto può perdere questo suo diritto di elezione, o perchè in una interrogazione che gli venne diretta *in jure* ha scientemente e contro il vero negata la proprietà dell'animale (11); o perchè questo è morto dopo contestata la lite (12).

II. Un'azione simile all'*actio de pauperie* compete a chiunque è stato danneggiato da animali altrui andati a pascolare nelle sue terre. Anche questa azione, che si addimanda *de pastu*, ha il suo fondamento nella legge decemvirale, ed ammette la *noxae deditio* (13). Con essa può altresì concorrere una *utilis actio legis Aquiliae* (14).

(5) L. 2 pr. D. h. t.
(6) L. 1 § 12. 13 D. h. t.
(7) L. 1 § 14 D. h. t.
(8) L. 12. D. de nox. act.; L. 17 D. de inter. in j. fac.
(9) L. 1 § 13. D. h. t.
(10) L. 1 pr. D. h. t.
(11) L. 1 § 15. D. h. t.
(12) L. 1 § 13. 16 D. h. t.
(13) Paul. I. 15. 1; L. 14 § ult. D. praescr. verb. 19. 5; L. 39. pr. § 1 D. ad leg. Aquil.
14 L. ult. C. ad leg. Aquil. 3. 35.

FINE

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO PRIMO

NOZIONI GENERALI

CAPO PRIMO

Indole delle obbligazioni

CAPO SECONDO

Fonti delle obbligazioni.

CAPO TERZO

Cause per le quali le obbligazioni si estinguono.

* Questa rubrica fu ommessa per errore nel testo.

TITOLO SECONDO

LE SINGOLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE PRIMA

OBBLIGAZIONI PROVENIENTI DA CONVENZIONE

CAPO PRIMO

I contratti.

CAPO SECONDO

I patti.

SEZIONE SECONDA

OBBLIGAZIONI PROVENIENTI DA DELITTO

CAPO PRIMO

Lesione dei diritti patrimoniali.

CAPO SECONDO

CAPO TERZO

CAPO QUARTO

SEZIONE TERZA

OBBLIGAZIONI DERIVANTI DA VARIE CAUSE

Variae causarum figurae.

CAPO PRIMO

Obbligazioni che nascono come da un contratto.

CAPO SECONDO

Obbligazioni che nascono come da un delitto.

CAPO TERZO

Obbligazioni che provengono direttamente dalla legge.

	Pagina	*Linea*	**Errori**	**Correzioni**
Testo,	19	1	esmplice	semplice
»	34	2	dirERta	diretta
»	59	15	la tutela	la tutela agnatizia
Letteratura,	98	11	Smid	Schmid
»	116	9	Pavia 1866	Pavia 1862
Testo,	132	3	perrona	persona
»	134	8	le sua	la sua
»	135	20	mantenuta	mantenuta in parte
»	136	16	ua semplice	un semplice
»	150	9	dispozione	disposizione
»	164	penult.	es.	per es.
Letteratura,	168	10	Seelenbens	Seelenlebens
»	185	7	Leilèvre	Lelièvre
Rubrica,	196	3	α. L'indole della pena ecc.	aa. L'indole della pena ecc.
»	230	2	Sotto la rubr. 1. Il pagamento, si aggiunga:	A. Il fatto del pagamento.
Testo,	235	4	pagamenti	pagamento
»	254	quartult.	esige, il consenso	esige il consenso
»	ib.	penult.	quanto gli effetti	quanto agli effetti
Rubrica,	269	1	II Delle cause di estinzione ecc.	III Delle cause di estinzione ecc.
Testo,	283	ult.	ademdita	adempita
»	328	11	accorrerebbe	occorrerebbe
»	336	penult.	degenerebbe	degenererebbe
»	343	»	Perciò anche	Perciò anche,
»	344	terzult.	L'obbietto	Ma l'obbietto
»	354	16	acifico	pacifico
»	356	18	controllo	contratto
Letteratura,	357	21	Dopo l'artic. di Ibering si aggiunga	Serafini, teoria del rischio e pericolo nel contratto di compra e vendita, Pavia 1862.
Testo,	364	penult.	a oni	azioni
»	371	ult.	allorquando che	allorquando
»	406	19	locatote	locatore
»	420	1	della stipuazione	della stipulazione
»	431	16	si5i	sibi
Rubrica,	468	1	2. Diritti relativi alla proced. ecc.	2. Delitti relativi alla proced. ecc.
Testo,	472	21	dalla sua azione	della sua azione
»	512	6	oggigiorno cioè in prima	oggigiorno: in prima
Rubrica,	538	1	D. della condictio on turpem causam	D. della condictio ob turpem causam
Letteratura,	573	4	de poportione	de proportione